أبحاث

ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الرابعة

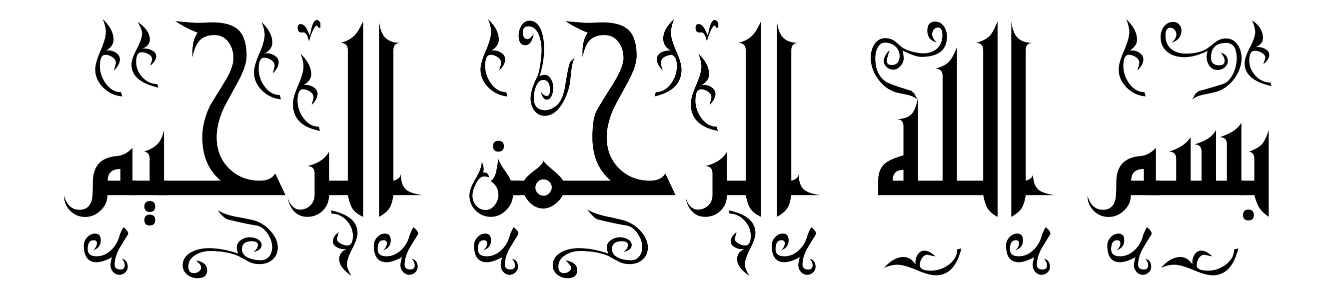
المنعقدة

يومي الثلاثاء والأربعاء

بتاريخ: 18-1433/01/19هـ الموافق: 13-2011/12/14م

بفندق بارك حياة – جدة

فهرس الأبحاث


بسم الله الرحمن الرحيم

حقيقة بيع الصكوك لحامليها

إعداد

فضيلة الشيخ الدكتور/ عبد الله بن عبد العزيز المصلح

الأمين العام للهيئة العالمية للإعجاز العلمي للقرآن الكريم والسنة النبوية

عضو الهيئة الشرعية للمصرفية الإسلامية بالبنك الأهلي التجاري



المقدمة:

الْحَمْدُ لِلَّهِ نَحْمَدُهُ وَنَسْتَعِينُهُ وَنَسْتَغْفِرُهُ ، وَنَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ شُرُورِ أَنْفُسِنَا ، مَنْ يَهْدِهِ اللَّهُ فَلاَ مُضِلَّ لَهُ ، وَمَنْ يُضْلِلْ فَلاَ هَادِىَ لَهُ أَشْهَدُ أَنْ لاَ إِلَهَ إِلاَّ اللَّهُ وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ (اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلاَ تَمُوتُنَّ إِلاَّ وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ) (اتَّقُوا اللَّهَ الَّذِى تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا) (اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلاً سَدِيدًا يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا)

والصلاة والسلام على أشرف المرسلين محمد صلى الله عليه، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد فإن الصكوك في عصرنا الحالي تعدّ أداة من أدوات تنمية المال، واستثماره؛ حيث برزت كمنافس فعّال لغيرها من الأدوات السابقة التي توصل إليها الإنسان في سعيه لتنمية ماله واستثماره.

وبذلك أصبح من الإلحاح بمكان أن يتعرّف المسلم على هذه الأداة ، و يبحث عن موقف الشرع منها؛ ليتخذ - وهو على بصيرة من أمره - الموقف المناسب ، فينمّي ماله عن طريقها إن تبيّن له حلّها ، أو يتجنب ذلك؛ بناء على ما ترجّح لديه من تحريم، فيكون في الحالين مطيعا لله ، مراعيا حكمه ، فينال رضاه ، ويبعد عما يمليه هوى نفسه الأمارة بالسوء؛ ذاكرا خطر اتباع الهوى (وَلَوِ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنّ ...)[1]

ولا يخفى أن إصدار الحكم فيما جدّ من المعاملات المالية تكتنفه جملة صعوبات ، فهو داخل ضمن نوع من الاجتهاد الذي يتطلب مجهودا ذهنيا، وبحثا مضنيا في نصوص الكتاب والسنة، ويقتضي استثمارا لتراث العلماء من الفتاوى المنثورة هنا وهناك لتخريج ما استجد على ضوئها، وقبل ذلك كله وبعده يتطلب توفيقا من الله، وعونا منه.

وإنما بحسب المرء أن يصلح قصده، و يبذل وسعه ، وهو ما نأمل أن نقوم به في هذه الورقات.

فها أنا بالمنوي واف وإنما	علامة صدق العازمين وفاء
فيا رب عونا فالمعان مؤيّد	وما لامرئ إن لم تعنه كفاء[2]

[1] (71) المؤمنون.
[2] المقصور والممدود لمحمد بن مالك الطائي.

ولن نتطرق في هذه الورقة إلى تعريف الصكوك، ولا إلى نشأتها ، وتطورها ،وأنواعها، والفرق بينها وبين غيرها من الأدوات كالسندات، فقد بحثت هذه الأمور كثيرا ، وإنما سنقتصر على جزئيات من جزئيات التعامل بها لأنها – في نظرنا - جديرة بالبحث والتمحيص؛ لنتوصل إلى موقف الشرع المطهر منها، فنسأل الله العون والتسديد حتى يتحقق ما انتويناه من ذلك، فهو ولي ذلك والقادر عليه.

وسنتناول الموضوع من خلال مقدمة ، وثلاثة فصول ، و خاتمة

ففي المقدمة نأتي بمدخل عام ، ونذكر المنهجية التي سنتبعها.

وفي الفصل الأول نذكر اختلاف مذاهب العلماء في مسألة الشروط.

وتحته نتناول المباحث التالية :

- المبحث الأول : رأي المذهب الحنفي
- المبحث الثاني : رأي المذهب المالكي
- المبحث الثالث : رأي المذهب الشافعي
- المبحث الرابع : رأي المذهب الحنبلي
- المبحث الخامس: آراء غير أصحاب المذاهب الأربعة
- المبحث السادس: الرأي الراجح

وفي الفصل الثاني نذكر : الشروط في الصكوك .

وسنتناولها من خلال المباحث التالية :

المبحث الأول : تضمن شروط الصكوك وأحكامها ما يحدّ من حرية المشتري في التصرّف في المبيع.

المبحث الثاني: النص على التزام البائع بإعادة الشراء بنفس الثمن إذا عجز عن التوزيع الدوري.

المبحث الثالث: النصّ على التزام حملة الصكوك ببيع الأصول لبائعها الأول فقط بثمن محدد سلفا بثمن الشراء الأول.

المبحث الرابع: اشتراط مصدر الصكوك بقاء الأصول مسجلة باسمه، ومدرجة في ميزانيته.

وفي الفصل الثالث نذكر ما يسمّى بالملكية النفعية، وتكييفها وفق المقتضى الشرعي، ونتناول موضوعها ضمن محورين :

- المحور الأول: مفهومها
- المحور الثاني: تكييفها من الناحية الشرعية

ثم نأتي بخاتمة نلخص فيها أهمّ ما توصلنا إليه .

الفصل الأول: اختلاف مذاهب العلماء في مسألة الشروط.

وردت نصوص من كتاب الله، ومن سنة رسوله صلى الله عليه وسلم متعارضة في الظاهر ، فبعضها يفهم منه مشروعية الشروط في البيع ، وبعضها يفهم منه المنع منها.
وسنورد جملة من هذه النصوص وذلك على النحو التالي :

- قال الله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)[1]

والعقود هنا تعني العهود، وتشمل الشروط، وقد جاءت الآية عامة بذلك مما يستلزم جواز الشروط؛ لأن الأصل بقاء العام على عمومه ما لم يرد ما يخصصه.

- وقال تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا[2]، والتراضي يقع دون الشروط ، ويقع بها ، فهو مطلق يبقى على إطلاقه.
- وقال صلى الله عليه وسلم: (المسلمون على شروطهم)[3]

وكلمة (على شروطهم) في الحديث عامة تشمل الشروط في النكاح، والبيع وغير ذلك، والأصل بقاء العام على عمومه ما لم يرد ما يخصصه.

- حديث جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اَللَّهِ -رَضِيَ اَللَّهُ عَنْهُمَا-; أَنَّهُ كَانَ يَسِيرُ عَلَى جَمَلٍ لَهُ أَعْيَا. فَأَرَادَ أَنْ يُسَيِّبَهُ. قَالَ: فَلَحِقَنِي اَلنَّبِيُّ فَدَعَا لِي، وَضَرَبَهُ، فَسَارَ سَيْراً لَمْ يَسِرْ مِثْلَهُ، قَالَ: " بِعْنِيهِ بِوُقِيَّةٍ " قُلْتُ: لَا. ثُمَّ قَالَ: " بِعْنِيهِ " فَبِعْتُهُ بِأُوقِيَّةٍ، وَاشْتَرَطْتُ حُمْلَانَهُ إِلَى أَهْلِي، فَلَمَّا بَلَغْتُ أَتَيْتُهُ بِالْجَمَلِ، فَنَقَدَنِي ثَمَنَهُ، ثُمَّ رَجَعْتُ فَأَرْسَلَ فِي أَثَرِي. فَقَالَ: " أَتُرَانِي مَاكَسْتُكَ لِآخُذَ جَمَلَكَ؟ خُذْ جَمَلَكَ وَدَرَاهِمَكَ. فَهُوَ لَكَ)[4]

وقد صرحت رواية أخرى[5] بكيفية المماكسة التي أخبر عنها جابر بْنِ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ خَرَجْتُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي غَزْوَةِ ذَاتِ الرِّقَاعِ مُرْتَحِلًا عَلَى جَمَلٍ لِي ضَعِيفٍ فَلَمَّا قَفَلَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَعَلَتْ الرِّفَاقُ تَمْضِي وَجَعَلْتُ أَتَخَلَّفُ حَتَّى أَدْرَكَنِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ مَا لَكَ يَا جَابِرُ قَالَ قُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَبْطَأَ بِي جَمَلِي هَذَا قَالَ فَأَنِخْهُ وَأَنَاخَ رَسُولُ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثُمَّ قَالَ أَعْطِنِي هَذِهِ الْعَصَا مِنْ يَدِكَ أَوْ قَالَ اقْطَعْ لِي عَصًا مِنْ شَجَرَةٍ قَالَ فَفَعَلْتُ قَالَ فَأَخَذَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَنَخَسَهُ بِهَا نَخَسَاتٍ ثُمَّ قَالَ ارْكَبْ فَرَكِبْتُ فَخَرَجَ وَالَّذِي بَعَثَهُ بِالْحَقِّ يُوَاهِقُ نَاقَتَهُ مُوَاهَقَةً قَالَ وَتَحَدَّثَ مَعِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ أَتَبِيعُنِي جَمَلَكَ هَذَا يَا جَابِرُ قَالَ قُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ بَلْ أَهَبُهُ لَكَ قَالَ لَا وَلَكِنْ بِعْنِيهِ قَالَ قُلْتُ فَسُمْنِي بِهِ قَالَ قَدْ قُلْتُ أَخَذْتُهُ بِدِرْهَمٍ قَالَ قُلْتُ لَا إِذًا يَغْبِنُنِي رَسُولُ اللَّهِ

---

[1] المائدة (1)

[2] النساء (29)

[3] أخرجه الترمذي (3 / 625

[4] رواه البخاري تحت رقم : (2569) ومسلم تحت رقم : (4182)

[5] مسند أحمد - (23 / 271)

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ فَبِدِرْهَمَيْنِ قَالَ قُلْتُ لَا قَالَ فَلَمْ يَزَلْ يَرْفَعُ لِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَتَّى بَلَغَ الْأُوقِيَّةَ قَالَ قُلْتُ فَقَدْ رَضِيتُ قَالَ قَدْ رَضِيتَ قُلْتُ نَعَمْ قُلْتُ هُوَ لَكَ قَالَ قَدْ أَخَذْتُهُ)[1]

فقد جاء في هذا الحديث ما يدلّ على جواز الشرط في البيع؛ حيث إن جابرا اشترط في بيعه جمله من رسول الله صلى الله عليه وسلم حملانه إلى أهله، ووافقه النبي صلى الله عليه وسلم على شرطه هذا ، والنبي صلى الله عليه وسلم لا يوافق على باطل.

- وقال صلى الله عليه وسلم : (مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ ، فَهُوَ بَاطِلٌ)[2]

فظاهر هذا الحديث يدلّ على تقييد الشروط بأن تكون مباحة في كتاب الله ، أو سنة رسوله صلى الله عليه وسلم لا أن إباحتها مطلقة، فإن لم تكن تكن مباحة في الكتاب أو السنة بقيت على حرمتها.

فقد شكلت هذه النصوص المتعارضة في الظاهر سببا لاختلاف العلماء في مشروعية الشروط ، فمنهم من سلك مسلك المنع معتبرا أن الأصل في الشروط المنع حتى يثبت الدليل الناقل للإباحة، ومنهم من انتهج نهج الإباحة معتمدا على أن الأصل فيها الإباحة حتى يثبت الدليل المانع، ومنهم من اعتمد التفصيل موفقا بين الرأيين السابقين، وسنقف – إن شاء الله – على هذا الخلاف في المباحث التالية :

المبحث الأول: رأي المذهب الحنفي.

حدد الحنفية ضوابط الشرط المفسد للعقد بأنه ما لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، وفيه نفع لأحدهما أو نفع لأجنبي قال الكاساني في معرض حديثه عن الشروط التي تفسد العقد : (كُلُّ شَرْطٍ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ ، وَلَا يُلَائِمُهُ وَفِيهِ نَفْعٌ لِأَحَدِهِمَا ، أَوْ لِأَجْنَبِيٍّ ، أَوْ لِمَبِيعٍ هُوَ مِنْ أَهْلِ الِاسْتِحْقَاقِ، وَلَمْ يَجْرِ الْعُرْفُ بِهِ، وَلَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بِجَوَازِهِ)[3] فخرج ما يقتضيه العقد كاشتراط المشتري أن يتملك المثمن، وخرج ما يلائمه كاشتراط الرهن والكفيل، ودخل في المنع ما إذا كان فيه منفعة لأحد العاقدين ، أو لأجنبي مثل أن يبيع دارا ، ويشترط سكناها شهرا ومثل أن يبيع طعاما على أن يتصدق به؛ لما فيه من اشتراط منفعة أجنبي.

ويستثنى عندهم ما ورد الشر ع به كاشتراط الأجل، ويستثنى من شرط المنفعة المفسد للعقد ما جرى به العرف منها، وتعامل الناس به من غير إنكار كأن يشتري منه ثوبا خلقا على أن يرقعه له.

المبحث الثاني: رأي المذهب المالكي

ذهب المالكية إلى التفصيل في الشروط ، فما كان منها منافيا للمقصود ، أو مؤثرا في الثمن فهو فاسد، وما كان بخلاف ذلك فهو صحيح ، فمثال ما ينافي المقصود عندهم أن يبيعه بضاعة بشرط أن لا يبيعها أو يهبها؛ لأن مقصود المشتري من شراء البضاعة أن يتملكها ، ويتصرف فيها تصرّف الملاك ، وهذا الشرط ينافي مقصوده من ذلك.

---

[1] رواه الإمام أحمد (15026)

[2] أخرجه البخاري (5 / 326

[3] بدائع الصنائع 5 / 169

ومثال ما أثر في الثمن أن يشتري منه سلعة مشترطا عليه أن يقرضه؛ لما في ذلك من الجهل بالثمن؛ لأنّ انتفاعه بالقرض من جملة الثمن وهو مجهول.
وخرج عن المنع ما يقتضيه العقد فلا يضرّ اشتراطه مثل اشتراط تسليم المثمن إلى المشتري، وخرج ما لا يقتضيه العقد، ولا يؤثر في الثمن كاشتراط الرهن والضامن والأجل المعلوم.
قال ابن جزي : ((النوع التاسع)) بيع وشرط وهو الذي يسميه الفقهاء بيع الثنيا فقال الشافعي وأبو حنيفة البيع باطل وقال قوم البيع صحيح والشرط صحيح وقال قوم البيع صحيح والشرط باطل وفي المذهب تفصيل فإن كان الشرط يقتضي التحجير على المشتري بطل الشرط والبيع إلا أن يسقط عن المشتري شرطه فيجوز البيع وذلك مثل أن يشترط عليه أن لا يبيع ولا يهب أو يشترط في الأمة أن يتخذها أم ولد أو أن لا يسافر بها فإن اشترط منفعة لنفسه كركوب الدابة أو سكنى الدار مدة معلومة جاز البيع والشرط وإن شرط ما لا يجوز إلا أنه خفيف جاز البيع وبطل الشرط مثل أن يشترط أن لم يأته بالثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فإن قال البائع متى جئتك بالثمن رددت إلي المبيع لم يجز)[1]
ومن المعلوم عند المالكية أن الشرط الباطل إذا حذف صح البيع.
جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية : (وَالْجَدِيرُ بِالذِّكْرِ عِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ ، هُوَ أَنَّهُ : إنْ أَسْقَطَ الشَّرْطُ الْمُخِل بِالْعَقْدِ ، سَوَاءٌ أَكَانَ شَرْطًا يُنَاقِضُ الْمَقْصُودَ مِنَ الْبَيْعِ كَاشْتِرَاطِ عَدَمِ بَيْعِ الْمَبِيعِ ، أَمْ كَانَ شَرْطًا يُخِل بِالثَّمَنِ كَاشْتِرَاطِ السَّلَفِ مِنْ أَحَدِ الْمُتَبَايِعَيْنِ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ الْبَيْعُ .)
وَلاَ يُشْتَرَطُ فِي هَذِهِ الْحَال سِوَى أَنْ يَكُونَ الإِسْقَاطُ مَعَ قِيَامِ السِّلْعَةِ . فَقَدْ عَلَّل الْخَرَشِيُّ صِحَّةَ الْبَيْعِ هُنَا ، بِحَذْفِ شَرْطِ السَّلَفِ ، بِقَوْلِهِ : لِزَوَال الْمَانِعِ)[2]

المبحث الثالث : رأي المذهب الشافعي

قسم بعض الشافعية الشروط إلى ثلاثة أنواع :

- اشْتِرَاط مَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ ، أَوْ يَتَعَلَّقُ بِمَصْلَحَتِهِ أَوْ بِصِحَّتِهِ ، فهو صَحِيحٌ .
- اشْتِرَاط مَا لاَ غَرَضَ فِيهِ ويلغى هذا الشرط ، وَلاَ يُفْسِدُ الْعَقْدَ .
- اشْتِرَاطُ مَا فِيهِ غَرَضٌ يُورِثُ تَنَازُعًا، وهذا هو اللشَّرْطُ الْمُفْسِدُ ، وَذَلِكَ كَاشْتِرَاطِ مَا يُخَالِفُ مُقْتَضَاهُ.[3]

المبحث الرابع : رأي المذهب الحنبلي

تنقسم الشروط عند الحنابلة إلى قسمين :

الأول : شروط صحيحة تلزم من اشترطت عليه.

الثاني : شروط فاسدة يحرم اشتراطها.

وينقسم النوع الأول عندهم إلى ثلاثة أنواع هي :

- ما يقتضيه العقد شرعا مثل التقابض والتصرف، فهذا اشتراطه كعدمه؛ لأن الشرع يكفله.

---

[1] القوانين الفقهية 281 – 283
[2] الموسوعة الفقهية الكويتية / 9 / 243 – 244
[3] حاشية الجمل على شرح المنهج 3 / 75

- ما هو من مصلحة العقد، تعود المصلحة فيه لمشترطه من المتعاقدين مثل اشتراط الخيار ، والشهادة ، والرهن.
- ما ليس من مقتضى العقد ، ولا من مصلحته ، ولا ينافي مقتضاه ، لكنّ فيه نفعا معلوما للبائع، أو للمشتري مثل اشتراط بائع الدار سكناها شهرا، واشتراط البائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ثمنه.

فهذه الأنواع الثلاثة شروط يجوز اشتراطها، ويجب الوفاء بها.
وأما القسم الثاني وهو أن يشترط ما ينافي العقد مِثْل : أن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع المبيع ، ولا يهبه ، أو يشترط عليه أن يبيعه ، أو يقفه ، أو أنه متى هلك المبيع فبها ، وإلا رده، أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن، فهو شرط فاسد، فإن ألغي صح العقد على خلاف بينهم في ذلك.

المبحث الخامس: غير أصحاب المذاهب

ذهب بعض العلماء مثل ابن أبي شبرمة إلى جواز الشروط مطلقا ، وصحة البيع معها ، وذهب بعضهم مثل ابن أبي ليلى إلى فساد الشرط وصحة البيع.
قال ابن رشد : (وقال قوم: البيع جائز والشرط جائز، وممن قال بهذا القول ابن أبي شبرمة، وقال قوم: البيع جائز والشرط باطل، وممن قال بهذا القول ابن أبي ليلى)[1]
ونضيف هنا على ما ذكرنا في السابق من آراء العلماء في مسألة الشروط المنافية للمقصود على وجه الخصوص رأي شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، فهما يريان أن هذا الشرط صحيح، وذكر شيخ الإسلام أنه قول الإمام أحمد.
واستدلّ أصحاب هذا الرأي بأدلة منها :

- قوله صلى الله عليه وسلم : (من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترطها المبتاع)[2]

- ما رواه الإمام مالك أن عبد الله بن مسعود ابتاع جارية من امرأته زينب الثقفية واشترطت عليه أنك ان بعتها فهي لي بالثمن الذي تبيعها به فسأل عبد الله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب فقال عمر بن الخطاب لا تقربها وفيها شرط لأحد.[3]

فقد نهاه عمر أن يقربها، ففي ذلك إمضاء لشرطها، فلو كان شرطها فاسدا لما أمضاه عمر رضي الله عنه. قال شيخ الإسلام ابن تيمية : (فإذا كان الشرط منافيا لمقصود العقد كان العقد لغوًا. وإذا كان منافيًا لمقصود الشارع كان مخالفًا لله ورسوله . فأما إذا لم يشتمل على واحد منهما، فلم يكن لغوًا، ولا اشتمل على ما حرمه الله ورسوله، فلا وجه لتحريمه، بل الواجب حله؛ لأنه عَمَلٌ مقصود للناس يحتاجون إليه؛ إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه؛ فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه. ولم يثبت تحريمه، فيباح؛ لما في الكتاب والسنة مما يرفع الحرج)[4]

---
[1] بداية المجتهد / 2 / 128
[2] رواه البخاري تحت رقم : 2379 ومسلم تحت رقم : 3986
[3] الموطأ / 2 / 616
4 مجموع فتاوى ابن تيمية 29 / 136

قال ابن القيم : (والمقصود أن للشروط عند الشارع شأنا ليس عند كثير من الفقهاء فإنهم يلغون شروطا لم يلغها الشارع ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضى فساده وهم متناقضون فيما يقبل التعليق بالشروط من العقود وما لا يقبله فليس لهم ضابط مطرد منعكس يقوم عليه دليل فالصواب الضابط الشرعي الذي دل عليه النص أن كل شرط خالف حكم الله وكتابه فهو باطل وما لم يخالف حكم الله فهو لازم يوضحه أن الالتزام بالشروط كالالتزام بالنذر والنذر لا يبطل منه إلا ما خالف حكم الله وكتابه بل الشروط في حقوق العباد أوسع من النذر في حق الله والالتزام به أوفي من الالتزام بالنذر وإنما بسطت القول في هذا لان باب الشرط يدفع حيل أكثر المتحايلين ويجعل للرجل مخرجا مما يخاف منه ومما يضيق عليه فالشرط الجائز بمنزلة العقد بل هو عقد وعهد وقد قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود وقال والموفون بعهدهم اذا عاهدوا وهنا قضيتان كليتان من قضايا الشرع الذي بعث الله به رسوله إحداهما ان كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطل كائنا ما كان والثانية ان كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه وهو ما يجوز تركه وفعله بدون الشرط فهو لازم بالشرط ولا يستثنى من هاتين القضيتين شيء وقد دل عليهما كتاب الله وسنة رسول واتفاق الصحابة ولا تعبأ بالنقض بالمسائل المذهبية والأقوال الآرائية فإنها لا تهدم قاعدة من قواعد الشرع فالشروط في حق المكلفين كالنذر في حقوق رب العالمين فكل طاعة جاز فعلها قبل النذر لزمت بالنذر وكذلك كل شرط قد جاز بذله بدون الاشتراط لزم بالشرط فمقاطع الحقوق عند الشروط وإذا كان من علامات النفاق إخلاف الوعد وليس بمشروط فكيف الوعد المؤكد بالشرط بل ترك الوفاء بالشرط يدخل في الكذب والخلف والخيانة والغدر وبالله التوفيق)[1]

ويجمل بنا أن نورد هنا قصة تبين مدى الخلاف بين العلماء في هذه المسألة، ومدى تمسك كل طرف بأدلة لها حظها من الاعتبار، فقد قال الطبراني : (حدثنا عبد الله بن ايوب القربي قال نا محمد بن سليمان الذهلي قال نا عبد الوارث بن سعيد قال قدمت مكة فوجدت بها ابا حنيفة وبن أبي ليلى وبن شبرمة فسألت أبا حنيفة قلت ما تقول في رجل باع بيعا وشرط شرطا قال البيع باطل والشرط باطل ثم أتيت بن أبي ليلى فسألته فقال البيع جائز والشرط باطل ثم أتيت بن شبرمة فسألته فقال البيع جائز والشرط جائز فقلت يا سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفتم علي في مسألة واحدة فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال لا أدري ما قالا حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه و سلم نهى عن بيع وشرط البيع باطل والشرط باطل ثم أتيت بن ابي ليلى فأخبرته فقال لا أدري ما قالا حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت أمرني رسول ا لله صلى الله عليه و سلم ان اشتري بريرة فأعتقها البيع جائز والشرط باطل ثم أتيت بن شبرمة فأخبرته فقال ما أدري ما قالا حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر بن عبد الله قال بعت النبي صلى الله عليه و سلم ناقة وشرط لي حملانه إلى المدينة البيع جائز والشرط جائز.[2]

[1] إعلام الموقعين / 3 / 389 – 390 بتصرف بسيط.
[2] المعجم الأوسط تحت رقم : (4361) .

المبحث السادس: الراجح من الخلاف:

الراجح من الخلاف هو أن الشروط التي تنافي مقصود العقد أو مقصود الشارع فاسدة، وأن ما عداها صحيح لقوة أدلة أصحاب هذا الرأي ، وكثرتها. ولرأي شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وجاهة، تسوّغ الأخذ به لاعتماده على أدلة قوية منها البراءة الأصلية، و لما يمثله من يسر يرفع الحرج عن الناس في بعض معاملاتهم المعاصرة التي لم تكن معهودة في عهد النبوّة فيحسم الخلاف فيها بالنصوص الصحيحة الصريحة، وإنما هي جديدة يتطلب بيان حكمها الشرعي اجتهادا من العلماء، وإذا كان الأمر خاضعا للاجتهاد كان الخلاف فيه واردا، وحينئذ فالأخذ بالرأي الميسر أوفق بمقاصد الشرع المبني على اليسر والتسهيل، ولعل أوضح دليل على انبناء الشرع على اليسر والتسهيل – إضافة إلى النصوص من كتاب الله وسنة رسوله - قاعدة: (المشقة تجلب التيسير) فهي إحدى خمس قواعد انبنى عليها الفقه كله.

الفصل الثاني : الشروط في الصكوك.

بعد أن تناولنا في الفصل الأول آراء المذاهب وبعض العلماء نتطرق في هذا الفصل إلى جملة من الشروط التي تقع عند التعامل بالصكوك، وذلك ضمن المباحث التالية:

المبحث الأول: اشتراط ما يحدّ من حرية المشتري في التصرف في المبيع، ومنع حملة الصكوك من حضور مجلس الإدارة.

يقصد كلّ من البائع والمشتري تملّك ما يؤول إلى كل منهما، فالبائع يقصد تملّك الثمن، والمشتري يقصد تملّك المثمن، ويترتب على التملك أنّ المالك يتصرّف في ملكه بما يشاء من بيع ، وهبة ، وقرض، وغير ذلك من أوجه التصرّف ، فإذا حجّر أحد المتعاقدين على الثاني باشتراطه عليه عدم التصرّف فيما يؤول إليه من تملك الثمن أو المثمن كان في ذلك اشتراط لما ينافي المقصود.

والواقع أنّ التعامل بالصكوك قد يشتمل على مثل هذا الشرط ؛ بحيث لا يستطيع المشتري مثل هذا التصرف فلا يستطيع البيع على غير المصدر، ولا يستطيع حضور الجمعية العمومية، فما موقف الشرع من ذلك؟

مرّ بنا في الفصل الأول اختلاف العلماء وتباين وجهات نظرهم في مسألة الشروط بصفة عامة، ومسألة الشروط المنافية للمقصود بصفة خاصة ، والذي يعنينا هنا هو مسألة الشروط المنافية للمقصود ؛ لأنها في نظرنا هي التي يتخرج عليها تحجير وتضييق مصدر الصكوك على المستثمر أن لا يبيع صكوكه من غيره.

إذا تتبعنا أقوال العلماء وآراء المذاهب وجدنا أن الجمهور يعتبرون الشرط إذا نافى مقصود أحد المتعاقدين كان فاسدا، ففساده هو مذهب الحنفية والمالكية والشافعية والرواية المشهورة عند الحنابلة.

ووجدنا أن بعض العلماء – كابن تيمية وتلميذه ومن قبلهما ابن شبرمة– يرون أن الشروط ما لم تعارض كتاب الله وسنة رسوله فهي صحيحة .

فهذا الشرط صحيح عندهم له وجاهته.
وهذا التوجه منهم له اعتبار يمكن أن يكون بابا للتوسع والإفادة في باب الشروط في العقود ما لم يكن ذلك الشرط منافيا للمقصود من قبل المتعاقدين أو يكن منافيا لشرع الله عز وجل.
ومع ذلك فإني أرى أن ما توجه إليه المجمع الفقهي من اقتراح وعد غير ملزم هو البديل عن ذلك فالبديل إذن عن هذا العقد الذي هو من المشتبهات يقترح حصول وعد غير ملزم بالبيع على أن يتم البيع بعقد جديد وفق القيمة المقدرة من طرف الخبراء، وبتراض من الطرفين.
وعلى هذا البديل نص قرار المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي : لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار ولا صك المقارضة الصادر بناء عليها على نص يلزم بالبيع ولو كان معلقا أو مضافا للمستقل وإنما يجوز أن يتضمن صك المقارضة وعدا بالبيع، وفي هذه الحالة لا يتم البيع إلا بعقد بالقيمة المقدرة من الخبراء وبرضاء الطرفين.[1]
هذا عن شرط ما ينافي المقصود، وأما عن منع حملة الصكوك من حضور الجمعية العمومية فإنّ لمصدر الصكوك منعهم من ذلك؛ لأنّ حضورهم الجمعية العمومية يمثل تقييدا لإطلاق يده في المال حيث إن الأصل إطلاق يده في مال المضاربة .
قال الخرشي : (وكذلك يكون القراض فاسدا ويرد العامل فيه إلى أجرة مثله إذا اشترط رب المال على العامل أن لا يبيع شيئا من سلع القراض ولا يشتري شيئا للقراض ولا يأخذ ولا يعطي للقراض إلا بمراجعته أو اشترط رب المال أمينا على العامل لأنه خرج بذلك عن سنة القراض ويرجع العامل إلى أجرة مثله لأنه لما لم يأتمنه على القراض أشبه الأجير)[2]
وإذا قلنا إن إلزامية الوعد لا تقتضي كونه عقدا، ولا كونه في قوة العقد خرجت مسألتها عن حديث النهي عن بيعتين في بيعة الذي تمسك به البعض للاحتجاج به على أنّ هذا العقد يجمع بيعتين في بيعة.

المبحث الثاني: النص على التزام البائع بإعادة الشراء بنفس الثمن إذا عجز عن التوزيع الدوري.
قد نفترض لهذه الحالة صورتين :
الأولى : أن يكون بائع الصكوك مالكا للذات أو المنفعة بحيث تمثل تلك الصكوك لمن اشتراها ملك الجزء المبيع من تلك الذات، أو المنفعة فحينئذ إذا خرجنا المسألة على الرأي الراجح من أن الشروط إذا لم تناف المقصود لم تمنع أو خرجناه على رأي شيخ الإسلام وتلميذه ، ومن قبلهما ابن شبرمة من أن منافاة الشروط لا تضر إلا إذا كانت منافاة للعقد أو منافاة لكتاب الله وسنة رسوله إذا خرجناها على أحد هذين الرأيين أو كليهما فلا إشكال في صحة هذا العقد.
الثانية : أن يكون بائع الصكوك مديرا
إذا نصّ على أن المدير ملزم بشراء الصكوك بقيمتها الاسمية متى رغب العميل في ذلك كان ذلك ربا؛ لأن تكييف المسألة – من وجهة نظرنا - من الناحية الفقهية أنّها ضمان في المضاربة لرأس المال، وجمهور العلماء على أن المضارب – والمدير مضارب أو شريك –

[1] قرار رقم (5) د 4/ 08/ 88
[2] شرح مختصر خليل / 6 / 207

لا يضمن إلا في حالة التعدي أو التفريط، أو مخالفة الشروط المعتبرة شرعا فلا يمكن اشتراط الضمان عليه .
هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن الضمان لرأس المال يؤول إلى مسألة قرض جرّ نفعا، وكلّ قرض جرّ نفعا فهو حرام، وقد ذكر الإجماع على ذلك غير واحد.
قال ابن المنذر في كتاب الإجماع : (وأجمعوا على أن المسلف إذا شرط عُشْر السلف هدية أو زيادة، فأسلفه على ذلك، أن أخذه الزيادة ربا)[1]
وجاء في فتاوى اللجنة الدائمة (وقد أجمع العلماء على أن كل قرض جر منفعة فهو ربا)
ولا بأس بنقل جزء من نصوص المذاهب الدالة على حرمته.
قال ابن نجيم من الحنفية: (وقد أجمع العلماء على أن كل قرض جر منفعة فهو ربا)[2]
وقال خليل بن إسحاق من المالكية : (وحرم هديته، إن لم يتقدم مثلها، أو يحدث موجب كرب القراض وعامله.ولو بعد شغل المال على الارجح، وذي الجاه والقاضي، ومبايعته مسامحة، أو جر منفعة: كشرط عفن بسالم، ودقيق أو كعك ببلد، أو خبز فرن بملة، أو عين عظم حملها: كسفتجة)[3]
وجاء في عون الطالبين وهو في المذهب الشافعي : (ومن ربا الفضل: ربا القرض، وهو كل قرض جر نفعا للمقرض، غير نحو رهن)
وجاء في دليل الطالب وهو في الفقه الحنبلي : (وكل قرض جر نفعا فحرام كأن يسكنه داره أو يعيره دابته أو يقضيه خيرا منه وإن فعل ذلك بلا شرط أو قضى خيرا منه بلا مواطأة جاز ومتى بذل المقترض ما عليه بغير بلد القرض ولا مؤنة لحمله لزم ربه قبوله مع أمن البلد والطريق)[4]
فقد تبيّن لنا من خلال هذه النصوص المختلفة أن كلّ قرض جر نفعا فهو حرام ، ولا يشترط أن يكون العقد عقد قرض ، بل كل ما يؤول إليه، ولو كان عقدا آخر، أو جاء باسم جديد مصطلح عليه فإنه يحرم؛ لأنّ العبرة بالمقاصد والمعاني ، لا بالألفاظ والمباني ، فلو كان تغيير المصطلحات يؤثر في الأحكام لكانت الخمر مباحة عندما سمّوها زورا بالمشروب الروحي، ولكان الربا جائزا عندما سموه بالفائدة.
وبالمنع من ضمان المصدر أو المدير من ضمان رأس المال لحملة الصكوك صدر قرار من المجمع الفقهي في دورته التاسعة عشرة بالشارقة جاء فيه : (مدير الصكوك أمين لا يضمن قيمة الصك إلا بالتعدي أو التقصير أو مخالفة شروط المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في الاستثمار.[5] ومقابل قول جمهور العلماء بالمنع من اشتراط الضمان عليه قول للمالكية في غير المشهور (لابن بشير ونصره تلميذه ابن عتَّاب) وأحمد في رواية عنه واختاره ابن تيمية ونصره الشوكاني، وهو أن شرط الضمان على المضارب صحيح معتبر شرعا. وأدلة هؤلاء تتمثل فيما يلي :

---

[1] الإجماع / 1 / 31
[2] البحر الرائق / 6 / 133، مجموع فتاوى اللجنة الدائمة / 13 / 401
[3] مختصر خليل ص 173
[4] دليل الطالب / 1 / 130
[5] قرار رقم : 178 (4 / 19)

1 -حديث (المسلمون على شروطهم)[1]

قال ابن قدامة: (وعن أحمد أنه سئل عن شرط ضمان ما لم يجب ضمانه، هل يصيره الشرط مضمونا؟ فقال: "المسلمون على شروطهم". وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه، ووجوبه بشرطه، لقوله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون على شروطهم)[2]
2- أن المضارب قد رضي لنفسه بقبوله اشتراط الضمان عليه التزام ما لم يكن يلزمه، والتراضي هو المناط في تحليل أموال العباد.
قال الشوكاني عن الأمناء : (ولا يضمنون إلا لجناية أو تفريط، وإذا ضَمِنوا ضمِّنوا لأنهم قد اختاروا ذلك لأنفسهم، والتراضي هو مناط التحليل في أموال العباد)[3]
وقال أيضاً: (وقد عرفناك غير مرة أن المناط في تحليل الأموال أعم من أن يكون أعيانا أو منافع هو التراضي إلا أن يرد الشرع الذي يقوم به الحجة بمنع التراضي في ذلك بخصوصه كما ورد في النهي عن مهر البغي وحلوان الكاهن ونحوهما)[4]
3- أن اشتراط صاحب المال على المضارب عود رأس المال إليه أو مثله مثلُ اشتراط صاحب البذر في المزارعة أن يأخذ مثل بذره، ثم يقتسمان الباقي ومثل اشتراط عود الشجر والأرض إلى صاحبها في المزارعة والمساقاة.
قال ابن مفلح: (وشرط أخذ مثل بذره، واقتسام الباقي، فاسد. نص عليه. ويتوجه تخريج من المضاربة. قال شيخنا – تقي الدين ابن تيمية - : يجوز كالمضاربة)[5]
وإذا حصل اشتراط الضمان عند القائلين بالمنع فما الأثر المترتب على ذلك ؟
اختلف العلماء في تأثير شرط ضمان رأس المال على عقد المضاربة – والعقد بين حملة الصكوك ومصدرها عقد مضاربة – على قولين :
<u>القول الأول :</u> صحة العقد وفساد الشرط، وهذا مذهب الحنفية والرواية المشهورة عند الحنابلة.[6] وقد استدل أصحاب هذا القول بحديث بريرة المشهور حيث شرط أهلها على عائشة أن يكون الولاء لهم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها : ((خذيها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق) . ففعلت عائشة ثم قام رسول الله صلى الله عليه و سلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال (أما بعد ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق)[7] فقد أبطل النبي صلى الله عليه وسلم الشرط الفاسد ، وصحح العقد.
واستدلوا بأن البيع تمت أركانه فلا يؤثر فيه شرط فاسد طرأ عليه.
<u>القول الثاني : فسادهما معا.</u>
وهو مذهب المالكية والشافعية ورواية عند الحنابلة.[8]

---
[1] رواه أبو داود (3596) وصححه الألباني في الإرواء (1303)
[2] المغني / 6 / 128
[3] السيل الجرار / 3 / 217
[4] السيل الجرار / 3 / 196
[5] الفروع / 4 / 313
[6] البحر الرائق / 7 / 264 والمغني / 7 / 179
[7] رواه البخاري تحت رقم : 2060 ومسلم تحت رقم : 3849
[8] المدونة / 3 / 647 وأسنى المطالب / 2 / 444 والمغني / 7 / 179

واستدلّ أصحاب هذا القول بأدلة منها :

- أن في شرط الضمان على العامل زيادة غرر في القرض، ذلك أن نصيب المضارب مع شرط الضمان يكون عادة أكبر من نصيبه مع عدمه ، فالضمان مقابل بجزء من الربح، فإذا اعتبرنا الضمان فاسدا ، ولا يعلم نصيبه من الربح أدى ذلك إلى جهالة نصيب كل منهما من الربح ، فيفسد العقد للجهالة المنافية للعلم بالربح الذي هو شرط من شروط صحة المضاربة.
- أن رب المال إنما رضي بزيادة نصيب العامل مقابل الضمان ، فإذا فسد الشرط حصلت الزيادة دون رضاه.

ويجاب عن هذين الدليلين بأن رب المال إن كان عالما بفساد الشرط فإمضاء العقد عليه عقوبة له كما أمضاه النبي صلى الله عليه وسلم على أهل بريرة ، وإن كان جاهلا ، وعلم بالتحريم فله الفسخ.

- أن هذا الشرط نقل للضمان عن محله بإجماع فالعامل مؤتمن، فلا يجوز تضمينه إلا عند التعدي أو التفريط.

قال الباجي : (فَإِنْ شَرَطَ الضَّمَانَ عَلَى العَامِلِ فَالعَقْدُ فَاسِدٌ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ فِي قَوْلِهِ الْعَقْدُ صَحِيحٌ ، وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ هَذَا نَقْلُ الضَّمَان عَنْ مَحَلِّهِ بِإِجْمَاعٍ فَاقْتَضَى ذَلِكَ فَسَادَ العَقْدِ وَالشَّرْطِ)[1]

ويجاب أنّ محلّ النزاع هو فساد العقد ، وليس فساد الشرط ولا كونه نقلا للضمان عن محله إجماعا.

والراجح من القولين القول الأول لقوة أدلته، وسلامتها من الاعتراض عليها.

حصول الضمان من طرف ثالث.

أما إذا كان الضمان صادرا من طرف ثالث، فإما أن يصدر على جهة التبرع ، أو على جهة العوض.

1 – صدوره على جهة التبرع

فإن كان على جهة التبرع فقد اختلف فيه العلماء المعاصرون على رأيين:

<u>الرأي الأول : القول بالمنع .</u>

فقد ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى تحريم ذلك، ومنهم السالوس والعثماني والضرير وعمر الأشقر ومحيي الدين أحمد.[2]

واستدلّوا باتفاق العلماء على أنّ الضامن إنما يصح ضمانه لما هو مضمون على الأصيل وأما ما ليس مضمونا عليه مثل الوديعة ورأس مال المضاربة فلا يصح ضمانه فيه .

قال في المغني : (فأما الأمانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة والعين التي يدفعها إلى القصار والخياط فهذه إن ضمنها من غير تعد فيها لم يصح ضمانها لأنها غير مضمونة على من هي في يده فكذلك على ضامنه)[3]

---

[1] المنتقى / 3 / 474

[2] الخدمات الاستثمارية في المصارف/ 2 / 141

[3] المغني / 5 / 74

واستدلوا بأن ضمان طرف ثالث ذريعة إلى الربا ، والربا محرم كتابا وسنة وإجماعا، وما كان ذريعة إلى محرم فهو محرم؛ أخذا بمبدأ سد الذرائع المعروف؛ لأنه إذا جاز له ضمان الأصل جاز له ضمان نسبة من الربح.
ويمكن أن يجاب عن الدليل الأول بأن المبلغ المضمون لا يلزم الضامن قضاء، وإنما يلزمه ديانة عند من يقوم بالإلزام ديانة.
ويجاب عن الدليل الثاني بأنّه لا تلازم بين جواز ضمانه عن الأصل واحتمال ضمانه لنسبة من الربح، فكل منهما مستقلّ عن الآخر.
الرأي الثاني : القول بالجواز.
فقد رأى أصحاب هذا الرأي جواز الالتزام من طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتدخل دون مقابل لجبر الخسار الذي قد يتعرض له المستثمرون كليا أو جزئيا، كليا بضمان كل المبلغ المكتتب به، أو جزئيا بضمان نسبة منه.
وممن ذهب إلى ذلك مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، وبعض الهيئات الشرعية في البنوك الإسلامية .[1]

جاء في قرار صادر عن المجمع المذكور ما يلي : (ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطاً في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به، بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد.)[2]

وقد استدلّ أصحاب هذا الرأي بما يلي :

- حديث صفوان بن أمية أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه أدرعا يوم حنين،

فقال : أغصب فقال صلى الله عليه وسلم : بل عارية مضمونة).[3]
فالأصل في العارية أنها أمانة لا تضمن إلا عند التعدي أو التفريط فيها ، وقد التزم صلى الله عليه وسلم ضمانها، فدلّ ذلك على صحة الضمان ، فيقاس ما لم ينصّ عليه كالمضاربة بما نص عليه وهو العارية بجامع أنّ كلا منهما عقد أمانة لا يجب فيه الضمان.
واستدلوا بأنّ الأصل في المعاملات الإباحة ما لم يرد دليل على الحظر.
والراجح من هذين القولين القول الثاني لقوة أدلته وسلامتها من الاعتراضات القوية.
المبحث الثالث :
النص على التزام حملة الصكوك ببيع أصولهم لبائعها الأول فقط بثمن محدد سلفا هو ثمن الشراء الأول.

---

[1] الفتاوى الاقتصادية ص / 107.
[2] قرار رقم: 30 (4/3)[1]
[3] رواه الإمام أحمد / 3/ 401 وأبو داود تحت رقم : 3564 ,والحاكم في المستدرك / 2 / 47

سبق أن ذكرنا في المبحث الثاني أنّ علة منع النص على التزام البائع بإعادة الشراء بنفس الثمن إذا عجز عن التوزيع الدوري هو أنه يؤول إلى ضمان رأس المال، وأن ضمان رأس المال يؤول إلى مسألة (قرض جر نفعا) وقد ذكرنا الإجماع على منعها.
وبناء على ذلك فإن وجود نفس العلة في المسألة التي بين أيدينا يقتضي إشراكها في حكم المسألة السابقة الذي هو المنع، فإلزام حملة الصكوك ببيع صكوكهم من مصدرها بنفس ثمن الشراء يؤدي إلى ما يؤدي إليه إلزامه هو بشرائها عند العجز عن التوزيع الدوري بثمن شرائها، فالأمران يؤديان إلى ضمان رأس المال؛ لأن حملة الصكوك في النهاية سيحصلون - بكلتا الطريقتين - على رأس مالهم كاملا.
وأما إن كان البيع يتم وفق القيمة السوقية، أو وفق ما يتفق عليه المتعاقدان فلا بأس حينئذ.
وقد صدر عن المجمع الفقهي الدولي قرار بمنع إطفاء الصكوك بقيمتها الاسمية جاء فيه : (لا يجوز إطفاء الصكوك بقيمتها الاسمية بل يكون الإطفاء بقيمتها السوقية أو با لقيمتها يتفق عليها عند الإطفاء.) وهذا ما نراه راجحا في هذه المسألة.
المبحث الرابع :
اشتراط مصدر الصكوك بقاء الصكوك مسجلة باسمه ومدرجة في ميزانيته على اعتبار أنها سترجع إليه .
سبق أن ذكرنا أن اشتراط المصدر على حملة الصكوك أن يبيعوا صكوكهم منه بثمن الشراء لا يجوز ؛ لما يؤديه ذلك من ضمان رأس المال في المضاربة أو الشركة، وضمان المصدر لذلك ممنوع ؛ لما يؤديه من قرض جر نفعا، وقد أثبتنا من نقول العلماء الإجماع على حرمة (قرض جر نفعا.)
وأما إذا كان بيع هذه الصكوك لمصدرها سيقع اعتمادا على وعد غير ملزم، وكان البيع وفق تقدير الخبراء أو بما يتفق عليه المصدر وحملة الصكوك، فلا حرج فيه حينئذ.
وعلى هذا فعلى الاحتمال الأول لا يجوز هذا الشرط لان بنائه على باطل، وما انبنى على باطل فهو باطل.
وأما على الاحتمال الثاني فلا نرى ما يمنع من اشتراط هذا الشرط خاصة إذا تعضد ذلك بإصدار "سند ضد" لصالح حملة الصكوك يمكنهم به إثبات ملكيتهم لتلك الأصول في حال الاختلاف، والنص في الشروح التي تذيل بها الميزانية السنوية من قبل مراجع الحساب ان هذه الأصول مملوكة لحملة الصكوك.

الفصل الثالث : حكم ما يسمّى بالمكلية النفعية وتحته مبحثان

المبحث الأول : مفهوم الملكية النفعية

تفرق قوانين الدول الانجلوسكسونية بين الملكية القانونية والملكية النفعية فيمكن لكل أصل أن يكون له مالك حقيق وهو من سجل الأصل باسمه وله من الناحية القانونية صلاحية التصرف فيه بالبيع، ثم المالك النفعي وهو الذي يتمتع بجميع الحقوق الأخرى المستمدة من الملك.

المبحث الثاني : تكييفها من الناحية الشرعية .

الواضح أن هذه المسألة من العقود الصورية التي يلجأ إليها الناس خوفا على أموالهم من أن تكون عرضة للمصادرة أو فرض الضرائب عليها، فيجري عليها من الخلاف ما يجري ما يجري في العقود الصورية من الصيرورة إلى المقاصد أو الألفاظ وفقا للقاعدة الخلافية : (هل العبرة بالمقاصد والمعاني أم بالألفاظ والمباني.

وعند النزاع بين المالك النفعي والمالك القانوني فإن جانب المالك القانوني يتقوى بما لديه من وثائق باسمه تفيد تملك الشيء، ويتقوى جانب المالك النفعي بوثيقة الضد التي يقابلها ما يعرف عند الفقهاء ببينة الاسترعاء وهم شهود يشهدهم المكره سرا على أن ما يصدر منه من عقد لاغ؛ لأنه أقدم عليه مكرها، أو مضطرا.

الخاتمة :

تطرقنا في هذا البحث إلى بعض الجزئيات المرتبطة بالتعامل بالصكوك؛ محاولين التوصل إلى الحكم الشرعي فيها، وللتوصل إلى ذلك عمدنا في الفصل الأول إلى ذكر الخلاف بين أصحاب المذاهب بشأن الشروط في البيع، فذكرنا آراء المذاهب الأربعة وآراء غيرهم، وتوصلنا إلى أن الراجح هو التفصيل ، فإن كانت الشروط منافية للعقد أو لكتاب الله أو سنة رسوله صلى الله عليه وسلم كانت فاسدة، وإلا فهي صحيحة. ثم تطرقنا في الفصل الثاني إلى هذه الجزئيات من خلال مباحث بعددها.

ففي المبحث الأول تطرقنا إلى اشتراط ما يحدّ من حرية المشتري في التصرف في المبيع، ومنع حملة الصكوك من حضور مجلس الإدارة.

ففيما يتعلق بالحد من حرية المشتري في التصرف في المبيع توصلنا إلى أنه لا يجوز ذلك؛ لما فيه من اشتراط ما ينافي المقصود؛ لأن مقصود المتعاقدين هو إطلاق تصرف كل منهما فيما يؤول إليه، فإذا اشترط على أحدهما خلاف ذلك كان ذلك اشتراطا لما ينافي المقصود، فيعود على الأصل بالبطلان.

وفيما يتعلق بمنع حملة الصكوك من حضور الجمعية العمومية توصلنا إلى أن للمصدر منع حملة الصكوك من حضور الجمعية العمومية؛ لأنّ حضورهم لها ينافي إطلاق يده في مال المضاربة بتقييده بأصواتهم.

وفي المبحث الثاني تطرقنا إلى النص على التزام البائع بإعادة الشراء بنفس الثمن إذا عجز عن التوزيع الدوري ، وتوصلنا إلى فساد هذا الشرط؛ لما يمثله من ضمان العامل رأس مال المضاربة من غير تعدّ منه ولا تفريط، وأن هذا الضمان يؤدي إلى مسألة (قرض جر نفعا) ونقلنا الإجماع على حرمتها . وذكرنا البديل عن ذلك وهو ضمان طرف ثالث.

وفي المبحث الثالث تناولنا النص على التزام حملة الصكوك ببيع أصولهم لبائعها الأول فقط بثمن محدد سلفا هو ثمن الشراء الأول.

وتوصلنا إلى أن هذا الشرط باطل بنفس العلة المذكورة في الفصل الثاني.

وفي المبحث الرابع تناولنا اشتراط مصدر الصكوك بقاء الصكوك مسجلة باسمه ، ومدرجة في ميزانيته على اعتبار أنها سترجع إليه.

وتوصلنا إلى فساد هذا الشرط إذا انبنى على إلزام حملة الصكوك ببيع أصولهم من مصدرها بثمن الشراء ؛ لأن إلزامهم بذلك باطل، وما انبنى على باطل فهو باطل.

وأما إذا كان الشرط المذكور لا يصاحبه إلزام، وإنما يصاحبه وعد غير ملزم بالشراء، والشراء سيقع بمثن وفق تقدير الخبراء أو وفق ما يتفق عليه المصدر وحملة الصكوك فالشرط صحيح.

وفي الفصل الثالث تناولنا الملكية النفعية، فناولنا مفهومها، وتكييفها من الناحية الشرعية حيث اتضح لنا أنها تدخل ضمن العقود الصورية، فيجري فيها الخلاف الجاري فيها.

وفي الخاتمة ذكرنا تلخيصا لما توصلنا إليه في هذا البحث

وفي النهاية جئنا بفهارس للمراجع والمواضيع.

والله الموفق

فهرس المراجع

المرجع	المؤلف
القرآن الكريم	
الإجماع	ابن المنذر
اختلاف العلماء	الطبري
أسنى المطالب	محمد بن درويش بن محمد
البحر الرائق	ابن نجيم
بدائع الصنائع	الكاساني
بداية المجتهد	ابن رشد
البنوك	
حاشية الجمل	الشيخ سلميان الجمل
الخدمات الاستثمارية في المصارف	د يوسف بن عبد الله الشبيلي
دليل الطالب	مرعي بن يوسف الكرمي الحنبلي
سنن الترمذي	الترمذي
الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي	الدردير
صحيح البخاري	البخاري
صحيح مسلم	مسلم
الفتاوى الاقتصادية	مجموعة من المؤلفين
قرارات المجمع الفقهي	المجمع الفقهي الدولي
القوانين الفقهية	ابن جزي
مجموع فتاوى ابن تيمية	شيخ الإسلام ابن تيمية
مجموع فتاوى اللجنة الدائمة	اللجنة الدائمة
المدونة	الإمام مالك بن أنس
المعجم الأوسط	الطبراني
المغني	ابن قدامة
المقصور والممدود	محمد بن مالك
المنتقى	الباجي
مواهب الجليل	الحطاب
الموسوعة الفقهية الكويتية	وزارة الثقافة والشؤون الإسلامية بالكويت
الموطأ	الإمام مالك بن أنس
الهداية	المرغياني

حقيقة بيع الصكوك لحامليها

إعداد

فضيلة الشيخ الدكتور/ محمد بن علي القري

عضو هيئة التدريس بجامعة الملك عبد العزيز بجدة (سابقاً)

عضو الهيئة الشرعية للمصرفية الإسلامية بالبنك الأهلي التجاري



الحمد لله وحده والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم... أما بعد:

المسألة محل النظر:

تدل الإحصاءات على أن أكثر من 85% من إصدارات الصكوك الإسلامية من حيث القيمة هي صكوك إجارة. وهي الصكوك التي يبرز فيها هذا الإشكال لأن فيها بيعاً للأصول من المصدر إلى حملة الصكوك(1)، والمحل المتعاقد عليه في هذا النوع من الصكوك هي منافع أصل يجوز بيعه وإجارته ويفترض ان تسبق عقد الإجارة عقد بيع صحيح تنتقل فيه الملكية من المصدر إلى حملة الصكوك.

يدعي البعض ان عقد البيع الذي يشتري من خلاله حملة الصكوك الأصول من مصدر الصكوك عقد صوري. وان وثائق إصدار الصكوك وان نصت على شكليات عقد البيع من ناحية الإيجاب والقبول وتعين المبيع وتحديد الثمن ...إلخ، إلا ان العقد المذكور لا يتعدى ان يكون شكلاً لا مضمون فيه لأن عقد الإجارة يتضمن الوعد بالبيع. الأمر الذي يعني ان الصكوك الإسلامية -بحسب المدعي- ليست إلا نقد بنقد لأن الأصل في نظرهم مملوك لمصدر الصكوك وبقي كذلك فكيف يستحق حملة الصكوك العائد؟ وما فرق الصكوك عن سندات الدين الربوية؟

الصكوك الإسلامية اليوم عند مفترق الطرق. فهي إذا حافظت على ثقة المستثمرين بأنها مستوفية للمتطلبات الشرعية فسوف تزدهر وتصبح بحق وسيلة تمويل تظهر جزءاً من محاسن الشريعة الإسلامية في المجال الاقتصادي وإذا لم يتحقق ذلك فهي على خطر فقد الثقة والمسألة مدارها ومحورها حقيقة بيع أصول الصكوك لحامليها، وسلامة عقد البيع المشار إليه من الخلل. وغرضنا في هذه الورقة عرض شبهات من يدعون ان البيع ليس حقيقياً ثم الرد عليهم.

معنى الصك:

الصك كلمة فارسية معربة وهو الكتاب الذي يكتب في المعاملات والورقة المكتوبة بدين. وصكوك جمع صك، كفلس وفلوس وتجمع أيضاً على صكاك وأصك مثل بحر وبحور وأبحر وبحار(2). ومن معاني الصكوك الرقاع مكتوب فيها أعطيات الطعام من بيت المال فمنها ما يكون بعمل كأرزاق القضاة والعمال ومنها ما يكون بغير عمل كالعطاء لأهل الحاجة(3). وكلها تسمى صكوك.

1 – أما صكوك المضاربة وصكوك المشاركة فإن مسألة حقيقة عقد البيع لا تنشأ فيها.

2 – المصباح المنير الصاد مع الكاف.

3 – المنتقى شرح الموطأ ج3 ص411.

ما هي الصكوك الإسلامية:

يمكن تعريف الصكوك التي تصدرها الشركات والحكومات وتوصف بأنها إسلامية (أي منضبطة بضوابط الشرع) يمكن تعريفها بأنها: أوراق مالية قابلة للتداول تثبت ملكية حاملها لأصل مولد لدخل دوري وتتميز من الناحية المالية عن الأوراق الأخرى المشهورة في التداول بأنها، ذات مخاطر متدنية (مقارنة بالأسهم) إذ لا يتذبذب سعرها ارتفاعاً وانخفاضاً كما هو حال الأسهم، وأنها ذات مدة محددة غالباً ما تكون خمس أو عشر سنوات بخلاف الأسهم التي لا حد زمني لها. كما تختلف عن الأسهم في ان إيراداتها الدورية (الريع أو الغلة) قابلة للتوقع، بل قد يصفها البعض بأنها ثابتة لأن ما يوزع على حملة الصكوك هو إيراد ناتج عن الأجرة الدورية وهي ثابتة أو مرتبطة بمؤشر معروف لحملة الصكوك. وتختلف عن السندات في أنها تمثل ملكية أصل مولد للعوائد وليست وثيقة دين في ذمة المصدر.

بذور الشك:

الذي استقرأناه مما يدور في المناقشات حول الصكوك إن الشك قد تسرب إلى أفئدة بعض المراقبين بشأن عناصر في هياكل إصدارات الصكوك اختلط أمرها عليهم فاتخذوا ذلك مستنداً للتشكيك في حقيقة الصكوك وبخاصة عقد البيع. والبيع هو العمود الفقري للصكوك ومبرر اختلافها عن السندات لأننا نقول إن استحقاق حملة الصكوك للعائد ناتج عن ملكيتهم للأصل المولد لذلك العائد. فإذا كان البيع غير حقيقي كما يدعي المشكك لم تزد الصكوك عن كونها سندات دين غير اسهمها.

ومن أهم عناصر التشكيك التي تثار على الصكوك ما يلي:

1/4) قولهم: إن المحل المتعاقد عليه في عدد من إصدارات صكوك الإجارة أصل لا يتصور في نظرهم ان يكون البيع فيه حقيقياً لأنه متصل بأمور تتعلق بالسيادة بالنسبة للدولة مثل إصدار الحكومة صكوكاً محلها المطار الدولي تبيعه إلى حملة الصكوك، أو الطريق السريع الذي يربط العاصمة بالأقاليم ...إلخ، فقالوا: إن البيع صوري غير حقيقي، وإن تصرف حملة الصكوك بهذه الأصول تصرف الملاك أمر مستبعد جداً بل هو أقرب إلى المحال. وشكليات عقد البيع إذا كان لا يترتب على العقد التمكن من التصرف، لا ينتج عنها بيع حقيقي.

2/4) وقالوا: إن الأصول التي هي محل الصكوك تبقى في أكثر إصدارات صكوك الإجارة مدرجة ضمن أصول الشركة في ميزانيتها والحال انها قد أصبحت بعد إصدار الصكوك مملوكة لحملة الصكوك، ثم يسألون: أليس إبقائها مدرجة في دفاتر الشركة وظاهرة في

ميزانيتها السنوية بعد إصدار الصكوك، دليل على ان هذا البيع غير حقيقي ولو كان البيع حقيقياً ناقلاً للملك لكان مثل هذا الإجراء مخالفاً لمعايير المحاسبة المعتمدة ومدعاة لامتناع مراجعي حساباتها عن اعتماد نتائجها المالية إذ لا يتصور ان تدرج شركة في ميزانيتها أصولاً مملوكة للغير.

3/4) ثم قالوا: إن الوعود الملزمة ببيع الأصول إلى المصدر بعد مرور الفترة الزمنية التي يغطيها عقد الإجارة (وهي من الأمور النمطية في صكوك الإجارة) دليل آخر على صورية عقد البيع وبخاصة ما يقع من النص فيه من انه في حال تعثر المصدر عن دفع الأجرة فإن حملة الصكوك ملتزمون ببيع الأصل إلى المصدر بثمن شرائه. وربما قابله وعد من غير هذا المورد يلتزم فيه المصدر بالشراء. كل ذلك يجعل عقد البيع في نظرهم مظنة الصورية.

4/4) يضاف إلى ذلك ظاهرة التصنيف الائتماني للصكوك، فإن عدداً من إصدارات الصكوك جرى تقويمها والحكم عليها من الناحية الائتمانية من قبل مؤسسات التصنيف مثل موديز وغيرها. فقال المشكك: ان شركات التصنيف انما تصنف الديون فلو كان بيعاً محله أصل له غلة وان الصك يمثل ملكية ذلك الأصل لم يكن للتصنيف الائتماني مكان. استنتجوا ان تلك قرينة أخرى على تلك الدعوى فالصكوك إذا كانت تمثل أصلاً مملوكاً لحملة الصكوك فان مخاطرها تكون متعلقة بالأصل المملوك لحملة الصكوك لا المخاطر الائتمانية. فإذا وقع التصنيف فهذا يعني ان المخاطر ائتمانية وتلك صفة الديون.

5/4) ومن أصناف التشكيك في حقيقة الصكوك مسألة استرداد حملة الصكوك لرأسمالهم في نهاية المدة وذلك عن طريق بيع الأصول إلى المصدر بنفس ثمن الشراء فقالوا هو بيع صوري حقيقته: متى رددت إلي الثمن رددت إليك المبيع.

6//4) ومن ذلك أيضاً قولهم ان البيع الذي يقع عند إصدار الصكوك وان حصل فيه صورة الإيجاب والقبول باللفظ أو بالكتابة فإن القبض فيه مسألة فيها نظر ولا سيما أن بعض إصدارات الصكوك تنص في وثائقها على الاقتصار على القبض الحكمي فقط مما يفوت على المشتري في نظرهم مقصود العقد وينافي مقتضاه ويؤدي كما يقولون إلى بطلان البيع.

7/4) ومما بعث على الشك لدى المشككين ما يسمى "بالحافز" إذ ان العمل في إصدارات الصكوك قائم على ان ما يبقى في الحساب الاحتياطي في نهاية المدة يكون من نصيب المصدر يتنازل عنه حملة الصكوك لذلك المصدر على سبيل الحافز. فقيل "هي هي" أو "هي إياها" يعني الصكوك هي السندات. (على اختلاف بين أهل اللغة!).

دفاع عن الصكوك:

سنحاول أدناه تفنيد كل دعوى من الدعاوى المذكورة أعلاه والرد عليها:

1/5) قولهم: لا يتصور بيع الحكومة للمطار الدولي:

فالجواب عن هذا ان الواقع يقول غير ذلك.

منذ نحو ثلاثة عقود بدأ العالم يتجه إلى ما يسمى باقتصاديات السوق ومن أهم معالم هذه الفلسفة الاقتصادية إعطاء دور أكبر للمبادرات الفردية وللقطاع الخاص وهو ما اشتهر باسم "الخصخصة" (على اختلاف بين أهل اللغة على صحة هذا الاشتقاق) ومن ذلك دخول الحكومة في ترتيبات تمكن القطاع الخاص من إدارة وتثمير أصول اعتاد الناس ان تكون مملوكة للحكومة ومنها على سبيل المثال المطارات. وحسب المعلومات المنشورة من قبل هيئة الطيران المدني العالمية فان تحقيق مطلب الخصخصة بالنسبة للمطارات وقع تنفيذه بإجراءات مختلفة بما فيها البيع إلى القطاع الخاص. ومن تلك الطرق:

ما يسمى BOT وفيه يقوم القطاع الخاص بإنشاء المطار وإدارته لعدد من السنوات ثم تحويل ملكيته للحكومة ويبقى قبل ذلك ملكاً للقطاع الخاص.

التأجير طويل الأجل بشكل كلي أو جزئي وفيه تؤجر الحكومة المطار إلى جهة خاصة بشكل كامل أو جزئي إجارة طويلة تتراوح بين 30 إلى 99 سنة.

بيع الحكومة لجزء من المطار إلى القطاع الخاص.

بيع الحكومة المطار بأكمله إلى القطاع الخاص.

ولهذه الصيغ جميعاً تطبيقات واسعة على مطارات عالمية ومن أمثلة ذلك:

في عام 1987 حولت حكومة المملكة المتحدة مصلحة الطيران المدني لديها إلى شركة وطرحت أسهمها في سوق البورصة باسم BAA (British Airport Authority) وهي تمتلك أهم سبعة مطارات في بريطانيا ومنها مطار هيثرو وتوسعت لتمتلك مطارات أخرى منها 75% من مطار بودابست في المجر.

كما قامت الحكومة في المملكة المتحدة ببيع مطار بلفاست بالكامل إلى القطاع الخاص وكذلك فعلت النمسا حيث باعت نسبة 47% من مطار فيينا إلى القطاع الخاص وكذلك حكومة الدنمارك التي باعت نسبة من مطار كوبنهاجن إلى القطاع الخاص وحكومة سويسرا التي باعت 50% من مطار زيورخ إلى القطاع الخاص والأمثلة على ذلك كثيرة جداً، كما قامت استراليا بتأجير 17 من أهم مطاراتها إلى القطاع الخاص لمدة 50 عاماً قابلة للزيادة إلى 99 سنة وباعت مطار سدني بالكامل في عام 2002م إلى شركة خاصة هي سوثرن كروس للمطارات.

فإذا تحولنا إلى المسألة محل النظر وهي حقيقة البيع في عملية إصدار الصكوك وجدنا أن جميع ما ذكر أعلاه سواء كان على سبيل BOT أو التأجير الجزئي أو الكلي أو البيع بشكل

كامل أو جزئي كل هذه عقود معاوضة لا تختلف عن البيع وان البيوع المذكورة للمطارات قد وقعت بالفعل ولا حاجة للتورية عند القوم بتلبيس العمليات لباس البيع بينما ان الحقيقة خلاف ذلك والحال إن مجال الاقتراض عندهم متاح وأبوابه مشرعه. مما يدل على ان تلك كانت بيوعاً وإيجارات حقيقية.

وبناء عليه فإن بيع الحكومة لأصول تملكها إلى حملة الصكوك أمر يقع فعلاً ولا يسوغ القول باستحالته والحال انه من حقائق الحياة المعاصرة.

2/5) مسألة إبقاء الأصول مدرجة في ميزانية مصدر الصكوك:

يلاحظ أن الشركات المصدرة لصكوك الإجارة والذي يتضمن هيكل إصدارها بيع العين إلى حملة الصكوك ثم استئجارها منهم فإن تلك الأصول تبقى مدرجة في ميزانيتها فظن البعض ان تلك قرينة على صورية البيع.

والجواب عن ذلك:

إن القول بأن إدراج الشركة للأصول التي هي محل التصكيك في ميزانيتها دليل على ان البيع كان صورياً تنقصه الدقة فإن الميزانية بحد ذاتها ليست ركناً من أركان عقد البيع ولا جزءاً من شرائط صحته ومن الناحية الشرعية إنما قرينه قد يفهم منها البعض ان البيع لم يقع حقيقة. ولكن المطلع على مجريات أمور المحاسبة والمراجعة يعرف ان هناك طرقاً متعددة لإثبات تغيَّر ملكية الأصول أو رهنها لصالح الغير ... إلخ ومن ذلك ما يسمى بالملاحظات NOTES وهي الملاحظات التي يدونها مراجع الحسابات تحت نصوص الميزانية ينبه فيها على أمور مهمة متعلقة بوضع الشركة. وهذه الملاحظات جزء لا يتجزأ من الميزانية فهي توضح أموراً غاية في الأهمية لا يمكن استقرائها من الأرقام مباشرة مثل الوضع القانوني للشركة والمتطلبات النظامية التي يجب ان تتقيد بها والشركات التابعة لها وذكر أهم المعايير والقواعد التي جرى بناء عليها إعداد الميزانية وشرح طريقة تقويم الأصول سواء أكانت أصولاً ثابتة أو أصولاً مالية مثل الديون فيقوم ببيان قوتها وضعفها والاحتياطيات ALLOWANCE للديون المشكوك في تحصيلها وما هو محل الشطب من الديون المعدومة ...إلخ.

وتتضمن الملاحظات أيضاً التعريفات المهمة مثل ما اعتبره المراجع نقداً عند تحديد التدفقات النقدية. إلى غير ذلك من الأمور ذات العلاقة.

ومن ذلك طريقة تقويم المخزون من السلع وطريقة تقويم الأصول المعنوية مثل السمعة وحقوق الملكية الفكرية والضرائب ذات العلاقة التي ستؤثر على الشركة مستقبلاً والتزامات الشركة نحو موظفيها من تقاعد ونحوه والضمانات المقدمة من الشركة إلى آخرين ان وجدت وكذلك أي أمر يؤثر على أصول الشركة مثل الرهن وغيره وبيع جزء من أصول الشركة.

فكما ترى جانب الملاحظات على الميزانية يتضمن كل المعلومات الأساسية التي لا يمكن ان يعبر عنها بالأرقام.

فإذا جئنا إلى المسألة محل النظر وجدنا:

1/2/5) إن مراجع الحسابات في الشركة التي أصدرت صكوك إجارة يسجل في ملاحظاته على الميزانية ان هذا الأصل قد جرى استخدامه لإصدار الصكوك فإذا رجعنا إلى وثائق الإصدار وجدنا التفصيل من ناحية وجود الإيجاب والقبول والبيع وانتقال الملك.

2/2/5) ذكرنا آنفاً ان الميزانية التي تصدرها الشركة ليست من أدلة الشرع ولا ركناً من أركان عقد البيع أو شرط صحة حتى يقال ان سقوطها "دليل" على صورية البيع وإنما هي قرينة لا تظهر قيمتها إلا عند نظر المحاكم بأن يقال: في حال الخلاف فإن المحاكم ستعتمد على ما يرد في ميزانية الشركة لا ثبات الملك. ومع عدم وجود عدد كبير من السوابق القضائية يمكن الاعتماد عليها فالذي يظهر لنا ان المحاكم ستعطي الوثائق والعقود التي تنص على البيع وانتقال الملك المتضمنة "بعت" و "اشتريت" ستعطيها وزناً أكبر من شبهة الميزانية. وفي قضية قضت فيها محكمة في الولايات المتحدة بشأن دعوى إقامتها شركة بترول كانت قد أصدرت صكوكاً إسلامية ثم أفلست إن البيع كان صورياً وإن حملة الصكوك لا يملكون من الأصول وعليه فإنهم أسوة الغرماء. صدر الحكم من تلك المحكمة إن الأصول ملك لحملة الصكوك بناء على وجود الإيجاب والقبول وتمام عقد البيع الذي ترتب عليه انتقال الملك.

3/2/5) فإذا قيل ما الداعي لمثل هذا الإجراء إذا كانت الشركة قد باعت الأصول فعلاً؟ فالجواب: هو ان الشركة سوف تسترجع تلك الأصول بعد عدد من السنوات. عن طريق الوعد بالبيع في نهاية مدة الإجارة ونظراً إلى أن بيع العقارات يترتب عليه في أكثر الدول ضريبة (تسمى دمغة في مصر) وان الشركة سوف تشتري تلك الأصول من حملة الصكوك بعد عدد من السنوات فإن تبني نظرية القانون الانجلوسكسوني في فصل الملكية من التسجيل يؤدي إلى تحسين الجدوى الاقتصادية لإصدار الصكوك عن طريق تفادي الضريبة بطريقة غير مخالفة للقانون. فإذا بقيت الأصول مسجلة باسم الشركة فإن إدراجها في الميزانية يضحى أمراً طبيعياً. ولا يؤثر ذلك على ملكية حملة الصكوك لها لما ذكرنا من وجود الملاحظات بهذا الشأن من قبل مراجع الحسابات.

3/5) قولهم إن التصنيف الذي تصدره شركات التصنيف الائتماني دليل على صورية عقد البيع:

القول بان كل ما وقع تصنيفه فلا بد أن يكون من الديون غير صحيح فشركات التصنيف المشهورة تصنف أشياء كثيرة ولا تقتصر على الديون. وان مراجعة لدليل شركة موديز

وهي أكبر شركة للتصنيف في العالم توضح أنها، بالإضافة إلى الديون، تقوم بتصنيف أشياء أخرى كثيرة منها على سبيل المثال لا الحصر:

صناديق الاستثمار حتى لو كانت لا تحتوي على سندات أو ديون وتصدر لها تصنيفاً بالحروف الأبجدية مشابهاً لتصنيف الديون مثل AAA ويضاف أمامه EF يعني صندوق أسهم Equity Fund وتصنيفها ينصب على الأداء التاريخي للصندوق والتزام مدير الصندوق بالأهداف المعلنة له مقارنة بأمثاله من الصناديق ونحو ذلك.

تصنيف المخاطر السوقية:

وهذا التصنيف يتعلق بالأوراق المالية ومنها السندات ولكنه هنا لا يقوم بقياس المخاطر الائتمانية وإنما يقيس المخاطر السوقية.

تصنيف مديري الصناديق.

وهذا يقيس جودة أداء مديري الصناديق بناء على معايير معتمدة لديهم. وهذا يبين أن التصنيف الذي تصدره مؤسسات التصنيف لا يقتصر على المخاطر الائتمانية.

فإذا قيل لكن حقيقة الأمر أن ما يصدر من موديز وغيرها من تصنيف للصكوك إنما يتعلق بالمخاطر الائتمانية فالجواب إن ذلك صحيح ولا وجه للاعتراض عليه ما دام ان في الصكوك مخاطر ائتمانية ووجوده ليس دليلاً على أن الصكوك ما هي إلا سندات مستورة باسم إسلامي فليس وصف "ائتماني" مرادف للديون في كل حال.

التصنيف الائتماني للورقة المالية هو إعطاء قيمة رقمية لاحتمال استرداد حامل الورقة المالية رأسماله وحصوله على الربح الدوري الموعود. فيتوصل المصنف، بناء على خبرته والمعلومات المتوفرة لديه، إلى إصدار حكم معبر عنه بعلامة رقمية مثل AAA لغاية القوة وأدنى من ذلك AA وهكذا.

ومعلوم أن الصكوك إنما يشتريها المستثمرون رغبة في الحصول على الربح واسترداد رأسمالهم في نهاية المدة. وفي صكوك الاجارة تمثل الصكوك ملكية الأصل المؤجر إلا ان مصدر الصكوك مدين حقيقة لحملة الصكوك بمقدار الأجرة الكلية للسنوات التي تمثل مدة الصكوك(1)، ولذلك فإنهم يواجهون مخاطر ذات طبيعة ائتمانية تتمثل في جحده أو مطله أو إفلاسه وتحتاج إلى قياس، ونتيجة هذا القياس تتمثل في تصنيف الصكوك تصنيفاً ائتمانيا.

ومعلوم ان الربح الدوري الموزع عليهم ناتج عن الإيجارات التي تدفع دورياً وان استرداد رأس المال مصدره شراء المصدر للأصل في نهاية المدة فالجزء الأول دين في ذمته يحتاج إلى قياس ائتماني والثاني وعد منه بالشراء فهو التزام يعكس مخاطر ائتمانية أيضاً. لذلك فإن التصنيف لا غبار عليه وليس قرينه على صورية البيع أو الدعوى بان الصكوك ليست إلا

---

1 - على القول المعتبر ان الأجرة تستحق بالعقد.

سندات دين لأن المعول في القول بجواز الصكوك ما تمثله من أصول والحال أنها تمثل ملكية حملة الصكوك للأصل المولدة لعوائد دورية.

4/5) قولهم: افتقار الصكوك إلى القبض الحقيقي منافٍ لمقتضى العقد:
فدفعهم هذا القول إلى الادعاء ان البيع ليس حقيقياً ولو كان كذلك في نظرهم لانتهى إلى القبض الحقيقي للأصول. والجواب عن ذلك ان القبض يكون حقيقياً ويكون حكمياً والقبض ليس له صفة محددة فقبض كل شيء بحسبه، والمطلوب في القبض نقل الضمان فإن انتقال تبعة الهلاك من البائع إلى المشتري كافٍ لاستيفاء القبض الذي هو شرط في صحة البيع. ومعلوم ان الفتاوى قد صدرت من المجامع الفقهية بجواز الاقتصار على القبض الحكمي في الصرف الذي نص الشارع انه لا يصح إلا يداً بيد. إلا يكون القبض الحكمي في بيع الآلات والعقار ونحو ذلك صحيحاً من باب أولى. والقبض الحكمي وهو انتقال الملك بالإيجاب والقبول حاصل وموجود في كل إصدارات الصكوك ولا تخلوا المستندات من النص عليه فلا يقول انه بيع يفتقر إلى القبض. أضف إلى ذلك ان هيكل إصدار الصكوك ليس فيه نفي للقبض الحقيقي مطلقاً والاقتصار على القبض الحكمي هو في مصلحة الطرفين فليس للمشتري غرض في القبض الحقيقي، فإذا اكتفى المشتري بالقبض الحكمي فليس ذلك مما يؤدي إلى فساد المعاملة أو إبطال البيع. فإذا كيف يشترط ان القبض الحكمي في اصل العقد فالجواب:
معلوم ان ما فسد من الشروط هو ما ترتب عليه فوات مقصود احد العاقدين والقبض الحقيقي هنا ليس مقصود المشتري إذ لا غرض له فيه وهو ما قام عليه العرف في شراء وبيع جميع الأوراق المالية بما فيها الأسهم التي لم يقل أحد بصورية البيع فيها. وقرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي قد نص على ان السهم يمثل حصة مشاعة في موجودات الشركة وان البيع واقع على تلك الحصة فاحتاجت القبض كسائر المبيعات ولكن لا سبيل إلى قبض حقيقي بيع الأسهم حتى لو اشترطه المبتاع ولو كان مشترياً لنصف أسهم الشركة. وهذا عرف التعامل في الأوراق المالية. والعرف معتبر في موضوع الشروط حتى إن متأخري الحنفية بلغ بهم أن صححوا الشروط إذا تعارف عليها الناس حتى لو كانت في أصلها فاسدة. يقول مصطفى الزرقا رحمة الله في كتابه عقد البيع "... على انه إذا قيل، استناداً إلى هذا المبدأ، بان تعارف الناس على اشتراط الشروط بوجه عام في المبايعات معتبر صحيح كتعارفهم على صور مخصصة من الشروط في بعض المبايعات نستطيع عندئذٍ القول بان الشرط الفاسد قد زال فقهياً من معاملات الناس بمفعول الزمن وأصبحت الشروط في هذا العصر كلها صحيحة بمقتضى قواعد الاجتهاد الحنفي نفسه لأن الناس قد ألغوا بناء مبايعاتهم وسائر عقودهم على الشروط بوجه عام بسبب اشتباك مصالحهم وتنوع معاملاتهم وفنون التجارة بينهم".

وكذلك الحال في معاملات البنوك فقد صدر قرار المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي ان قبض الشيك قبض لمحتواه والحال ان قبضه هو قبض حكمي لأن الأموال التي يمثلها مرصودة في الحساب فحسب، والمعاملات التي تجري بالأثمان تندرج تحت الصرف وضوابط القبض فيه أشد من البيع. ومع ذلك فلم يقل أحد بفساد العمل بالشيكات. بناء عليه فإن القبض الحكمي في الصكوك مناسب لطبيعتها وجاء على العرف في الأوراق المالية ومستند إلى فتاوى المجامع الفقهية في هذا الشأن.

5/5) الحساب الاحتياطي:

ومما يعترض عليه في الصكوك تنازل حملة الصكوك عن رصيد الحساب الاحتياطي في نهاية المدة. فقال بعض الأفاضل ان ذلك يجعل الصكوك صنو السندات فلم يعد للبيع معنى أو أثر يذكر فتلك أموال مملوكة لحملة الصكوك فكيف يستولي عليها المصدر. والجواب عن ذلك أن يقال:

مما جرى عليه العمل في إصدارات الصكوك ان يقوم مدير الإصدار بتوزيع الغلة دورياً على حملة الصكوك (كل ربع سنة أو نصف سنة) وهو الريع الموعود المذكور في وثائق الإصدار. ولما كان ما يوزع دورياً على حملة الصكوك مصدره الإيراد المتحقق في عقد الإجارة والمتمثل في الإيجارات التي يدفعها مستأجر الأصول. ومن المعلوم ان الصكوك صممت لتحقق رغبة مصدر الصكوك ورغبة المستثمرين أما المستثمرون فإن رغبتهم قد اتجهت إلى ورقة مالية ذات عائد قابل للتوقع ويتمتع بالاستقرار(1)، وكذا وجود إمكانية استرداد رأس المال في نهاية المدة. من أجل ذلك جاء تصميم الصكوك ليلبي هذه الرغبة واقتضى ذلك وجود ما يسمى بالحساب الاحتياطي ضمن هيكل إصدار الصكوك. والغرض منه ان يكون مستودعاً لما فاض من الإيرادات تودع فيه حتى يتحقق الاستقرار في المدفوعات الدورية وذلك بسد النقص أن وجد في فترات مستقبلية. والذي وقع عليه الاعتراض من بعض الأفاضل هو التبرع برصيد ذلك الحساب في آخر المدة إلى مصدر الصكوك.

صكوك الإجارة صكوك قابلة للتداول. بحكم كونها تمثل ملكية أصول حقيقية والتداول مهم للصكوك لأنه يعطيها عنصر السيولة المطلوب من المستثمرين. وهذا الإجراء ضروري لتحقيق الاستقرار في أسعار تبادل الصكوك عند التداول لأن هيكل إصدار الصكوك إذا تضمن مبلغاً غير معلوم يمكن ان يوزع على حملة الصكوك في نهاية المدة فإن هذا سيؤخذ في الاعتبار عند تفاعل قوى العرض والطلب في سوق التداول. فإن ظن الناس ان ذلك المبلغ كبر ارتفعت اسعار الصكوك. وإذا شكوا بأنه قليل انخفضت. وهذا يتناقض مع أحد

1 – ولو كانت رغبتهم في الحصول على أعلى عائد ممكن مع وجود التذبذب لوجدوا ضالتهم في الأسهم.

أهم أهداف إصدار الصكوك وهو وجود ورقة مالية ذات استقرار في عائدها ومبلغ استردادها في نهاية المدة. ويؤدي إلى عزوف المستثمرين عن الصكوك لأنهم كما أسلفنا إنما يرغبون في ورقة مالية ذات استقرار.

والوجه الثاني للرد أن الاعتراض في التبرع بالفائض طي الحساب الاحتياطي لا مبرر له لأسباب منها:

ان تنازل أصحاب الصكوك عن فائض الحساب إنما هو على سبيل الحافز للوكيل لمقابلة الأداء الحسن للصكوك الذي جاء على أفضل مما توقع حملتا وقد ارتضى حملة الصكوك بهذا التنازل ووافقوا عليه، وهم يفعلون ذلك برضا وقناعة وعلم تام فإذا كان لهم ان يتبرعوا بمالهم كله فما المانع من تخصيص هذا الفائض للمدير لقاء حسن إدارته سواء أكان على سبيل التبرع أو المعاوضة.

ويمثل هذا الإجراء مستند معتبر فقد أجاز الفقهاء ما يسمى البيع بالقيمة في قول الرجل للسمسار: بعه بكذا وما زاد فهو لك، وأول من قال بجوازه عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ذلك لأن البائع قد ارتضى مبلغاً معيناً فإذا جاءت القيمة أعلى من ذلك الثمن فهو متنازل عنها للسمسار وفي مسألتنا شبه واضح بالبيع بالقيمة.

وقد وقعت الفتوى من عديد من الهيئات الشرعية بجواز ان يقول رب المال للمضارب بعد الاتفاق على طريقة اقتسام الربح (ثلث وثلثان مثلاً) إذا جاء الربح أزيد من كذا وكذا فإن ما زاد عن مبلغ معين يقسم بطريقة مختلفة ليزيد ما يأخذه المضارب (مثلاً نصف ونصف) على سبيل الحافز، أو يقول له إذا زاد ما أحصل عليه في نصيبي من الربح (الذي يمثل ثلثا ما تحقق فعلاً) عن مبلغ كذا(1). فما زاد فهو لك وغير ذلك من الطرق التي لا تقطع الشركة في الربح ولكنها تقدم حافزاً على حسن الأداء في المضاربة. ومسألتنا هي الوكالة فالشبه بينهما واضح.

وأهم من ذلك كله قوله عليه السلام في الحديث الصحيح: "المؤمنون على شروطهم" واستثنى من ذلك شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً وليس في مسألتنا شيء من ذلك.

(6/5) الوعد بالشراء:

يتضمن هيكل إصدار صكوك الإجارة وعداً بالشراء صادراً من المستأجر يعني مصدر الصكوك يعد فيه حملة الصكوك بشراء الأصل محل الإجارة في نهاية المدة بثمن محدد. والغرض من ذلك ان يتمكن حملة الصكوك من استرداد رأسمالهم في نهاية المدة. ولذلك يكون الثمن المتفق عليه في غالب الأحوال محققاً لذلك.

---

1 – (يعني كان يتوقع ان يكون ثلثاه مساوياً لـ 300 ألف فجاءت 350 ألف).

فقال البعض ان هذا الوعد الذي يصدر عن المستأجر بشراء الأصول محل الصكوك (والحال انه هو المصدر لتلك الصكوك) دليل على ان البيع صوري لا حقيقة له وإنما هي إجراءات شكلية فحسب، وها هو رأس مال حملة الصكوك قد عاد إليهم.

والجواب عن ذلك: ان الوعد قد صدر بشأنه قرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي رقم 40-41 (5/3/5/2):

"الوعد- وهو الذي يصدر من الآمر أو المأمور – على وجه الانفراد يكون ملزماً للواعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة أما بتنفيذ الوعد وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر".

مسألتنا هذه هي وعد يصدره طرف في معاملة مالية هي الإجارة، ولا حجة لمن أخرج هذا الوعد عن عموم ما ورد في قرار المجمع والحال انه يتعلق خصوصاً بالمعاملات كالمرابحة ونحوها.

1/6/5) استرداد حملة الصكوك لرأس المال في نهاية المدة:

فإذا قيل ولكن هذا طرف يبيع على طرف آخر ثم يحصل منهما الوعد بالشراء (إن كان من البائع) أو بالبيع (إن كان من المشتري) لغرض استرداد رأس المال مما يجعل في المعاملة شبهة الصورية ومن ثم الشك في حقيقة هذا البيع هل يكون بيعاً لأن البيع المؤقت لا يجوز. فالجواب عن ذلك ان مثل هذا القول فيه مجازفة إذ لا يترتب على هذا الشرط ربا ولا غرراً أو جهالة ولا أمراً مما حرم الشرع ولذلك فهو شرط سائغ جار على أصل الإباحة في العقود والشروط إلا ما نص الشارع على منعه. ولمثل هذا الشرط شبه من عمل الصحابة رضوان الله عليهم في قول البائع للمشتري إن بعتها فأنت أحق بها بثمن شرائها ومسألتنا ما هي إلا لسان حال حملة الصكوك يقول لمصدرها ان بعنا هذه الأصول فأنت أحق بها بثمن شرائها.

وإليك بعض النقول في المسألة:

في الفتاوى لابن تيمية أن أحمد بن حنبل فيما رواه راوٍ فقال:

"سألت أبا عبد الله عن رجل اشترى من رجل جارية فقال له إذا أردت بيعها فأنا أحق بها بالثمن الذي تأخذها به مني فقال: لا بأس به"(1).

وروى أثراً عن ابن مسعود انه اشترى جارية من امرأته وشرط لها إن باعها فهي لها بالثمن الذي اشتراها فسأل ابن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه فلم يمنعه من البيع وإنما قال لا ينكحها وفيها شرط.

---

1 – ابن تيمية في الفتاوى ج5 ص384.

قال ابن تيمية "والشرط الواحد في البيع جائز إلا ان عمر كره لابن مسعود أن يطأها .. وفيها شرط"(1).

ونقل ابن تيميه رحمه الله أيضاً عن الكرماني قال سألت أحمد عن رجل اشترى جارية وشرط لأهلها أن لا يبيع ولا يهب فكأنه رخص فيه ولكنهم إن اشترطوا له إن باعها فهم أحق بها بالثمن فلا يقربها يذهب إلى حديث عمر حين قال لعبد الله بن مسعود فقد نص في غير موضع على انه إذا أراد البائع بيعها لم يملك إلا ردها إلى البائع بالثمن الأول كالمقابلة" وأكثر المتأخرين من أصحابه على القول المبطل لهذا الشرط.

وقال صاحب المغني:

"فصل، وان شرط في المبيع إن هو باعه فالبائع أحق بالثمن وأورد ما روى إسماعيل بن سعيد عن أحمد قال:

"البيع جائز لما روى ابن مسعود انه قال: ابتعت من امرأتي زينب الثقفية جارية وشرطت لها إن بعتها فهي لها بالثمن الذي ابتعتها به فذكرت ذلك لعمر فقال: لا تقربها ولأحدٍ فيها شرط"، وأضاف صاحب المغني "ولم يقل عمر في ذلك البيع فاسد"(2).

ثم قال رحمه الله:

".. يعني انه فاسد لأنه شرط ان يبيعه إياه وشرط ان يبيعه بالثمن الأول فهما شرطان في بيع ولأنه ينافي مقتضي العقد ولكن نقل علي بن سعيد عنه جواز البيع والشرطين وأطلق بن عقيل وغيره صحة هذا الشرط ولزومه روايتين قال الشيخ تقي الدين عنه نحو عشرين نصاً على صحة هذا الشرط .." (3).

يظهر جلياً ان هذا الشرط: ان بعته فأنا أحق به بالثمن لا بأس به ولا تخرج مسألتنا عن مثل هذا الوعد، فإذا قيل ان ذلك لا يعني الإلزام بالبيع إذا كان البائع قد وجد مشترٍ قابل بان يدفع أكثر من ثمن الشراء. فالرد ان ذلك وارد في مسألتنا فالمستأجر ملتزم بالوعد بالشراء من غير إلزام على المؤجر بالبيع.

---

1 – ابن تيمية في الفتاوى ج5 ص384.

2 – ابن قدامه، المغني ج8 ص172.

3 – لابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج4 ص103.

متطلبات أساسية لتحقيق مزيد من الضبط الشرعي لإصدارات الصكوك:

قد رددنا فيما سبق على دعاوى المشككين في الصكوك بما فيه الكفاية لإزالة اللبس وكشف وجه الحقيقة ومع ذلك فإننا نقول إن الصكوك يجب ان تكتسب ثقة الناس فالحقيقة مهمة ولكن أهم منها فيما يتعلق التعامل مع الجمهور هو ما يظن الناس انه الحقيقة والأولى تجنب جميع ما يثير الشكوك أو يبعث على الشبهات لأن اتقاء مواضع التهم أمر مطلوب وقد ورد في الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما رواه البخاري قوله عليه السلام "ان الشيطان يجري من الإنسان مجرى الدم".

والمروي عن السلف رحمهم الله إلى الأمر وان كان جائزاً في نفسه لكن الأولى تركه إذا كان مما يثير الشكوك. وروى الترمذي من حديث عطيه السعدي مرفوعاً "لا يلزم العبد ان يكون من المتقين حتى يدع ما لا بأس به حذراً مما به بأس"(1). ومن الأولى والحال هذه تجنب كل ما يكون باعثاً على مثل هذه الشكوك إذا أمكن الاستغناء عنه بغيره مما يتوافر على الوضوح والقبول العام.

ولذلك فإننا نورد أدناه بعض المقترحات لمزيد من الانضباط الشرعي في الصكوك والابتعاد عن ما يريب عملاً بقوله عليه السلام "دع ما يريبك إلى ما لا يريبك"(2).

من ذلك:

1/6- لا ينبغي للمؤسسة المصدرة ان تستمر في إدراج الأصول ضمن ميزانيتها والحال انه قد جرى بيعها إلى حملة الصكوك، ويجب على مراجعي الحسابات الامتناع عن التصديق على حسابات المؤسسة إلا بعد رفعها أو في حال تعذر ذلك، أو كون مدة الإجارة قصيرة وهي إجارة مع الوعد بالبيع أو الهبة، فإن على مراجعي الحسابات النص في الملاحظات على الميزانية بشكل واضح وجلي ان تلك الأصول مملوكة لحملة الصكوك وعدم الاكتفاء بالقول في الملاحق ان هذه الأصول قد استخدمت في إصدار الصكوك.

2/6- لا مانع من وجود الحساب الاحتياطي الذي تودع فيه الإيرادات الفائضة عن حاجة التوزيع الدوري لكي يستخدم لتحقيق الاستقرار ولكن لا ينبغي ان يشترط على حملة الصكوك التنازل عنه قبل الاستحقاق حتى لو بلغ ما تراكم في الحساب مثل رأسمالهم الأصلي فإنهم يتنازلون عنه للمصدر. ويمكن تحقيق المطلب المالي في استقرار سعر الصك عن طريق تنازل حملة الصكوك عن رصيد الحساب الاحتياطي عند الاستحقاق أي عندما يملكون هذا الفائض ويكون لهم حق التصرف فيه فإنهم عندئذٍ يتنازلون عنه إذا كانت تلك إرادتهم من غير إلزام عليهم.

3/6- لا مانع من وجود ما يسمى بتسهيلات السيولة وذلك بان يدفع مصدر الصكوك في حال كون الإيرادات الدورية غير كافية لتحقيق المستوى الموعود من التوزيع،

1 – فتح الباري. للعسقلاني. ج5 ص10.

2 – أخرجه الترمذي والنسائي واحمد وابن حبان من حديث الحسن بن علي.

ان يقوم بتوفير السيولة لهذا الغرض ولكن لا بد ان تكون مبالغ مستردة، حتى إذا لم يتحقق فائض كاف خلال مدة الصكوك اقتطع المصدر المبالغ المستحقة له من ثمن شراء الأصول في نهاية المدة، وإلا كانت التهمة قائمة ان هيكل إصدار الصكوك فيه ضمان رأس المال لحملة الصكوك وفي هذا إشكال لا يخفى.

4/6- من الأفضل ان يقوم هيكل إصدار الصكوك على تبني صيغة "الهبة المعلقة" وليس الوعد بالشراء أو البيع. وصفة ذلك ان يهب حملة الصكوك المستأجر الأصول محل الإجارة هبة معلقة على شرط إلا وهو تسديد كامل الأقساط الإيجارية والالتزام بشروط العقد. ذلك لأن عقد الإجارة المنتهي بالتمليك والمتضمن الوعد بالبيع محل خلاف طلبة العلم، وليس الأمر كذلك في الهبة المعلقة على شرط. فإذا وقع الخلاف كانت المسألة في محل قبول لدى المحاكم عند التقاضي.

والله سبحانه وتعالى أعلم وأحكم، والحمد لله أولاً وآخراً ..

،،،والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته .،،،

بيع الصكـــوك لحـامليهــا

ـ دراسة فقهية اقتصادية ـ

بقلم

أ . د . علي محيى الدين القره داغي

الأمين العام للاتحاد العالمي لعلماء المسلمين

نائب رئيس المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث



الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله الطيّبين وصحبه الغر الميامين ومن تبعهم بإحسان إلي يوم الدين .... وبعد

فإن الصيرفة الإسلامية قد خطت خطوات جادة نحو التطوير والتنويع في المنتجات ، والأدوات ، فقد بدأت البنوك الإسلامية بالمرابحات ، فالاستصناع لتصل إلى الصكوك بأنواعها.

ومما لا شك فيه أن الصكوك تعدّ من أهم المنتجات الإسلامية التي تصلح لتمويل المشاريع الضخمة والبنية التحتية ، وحلّ المشاكل التنموية ، وترتيب المساكن لذوي الدخل المحدود ، بالإضافة إلى أنها البديل المتطور عن السندات المحرمة التي تمثل الديون مع فوائدها .

ولكن الصكوك عملية مركبة من عدة إجراءات وعقود منظمة وأنها تحتاج إلى ترتيب المصدر ، والأمين ، والحافظ ، ونحو ذلك بالإضافة إلى أنها قد تحتاج إلى ترتيب شركات ذات غرض خاص (S.P.V) .

ولذلك فهي في أمس الحاجة إلى مزيد من الضبط والتأصيل والتفصيل ، حيث أولت لها المجامع الفقهية ، والمؤسسات الفنية عنايتها ، فقد أصدرت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية معياراً شرعياً لصكوك الاستثمار وهو المعيار ذو الرقم (17) ثم حينما لاحظت وجود الأخطاء في بعض الصكوك أصدرت ملحقاً تضمن مجموعة أخرى من الضوابط والشروط لتحقق الصكوك أهدافها وغاياتها التي شرعت لأجلها ، وحتى لا تتضمن مخالفة شرعية صريحة ، أو خفية من خلال العقود الصورية والشكلية .

ومن هنا نشكر مجموعة تطوير العمل المصرفي الإسلامي للبنك الأهلي السعودي على إدراج موضوع الصكوك ضمن ندوتها الرابعة حول مستقبل العمل المصرفي الإسلامي ، حيث طلبت مني الكتابة ببحث حول (حقيقة بيع الصكوك لحامليها) ، وطلبت تخصيص البحث في المحاور الآتية :

أ – تقييد تصرف مالك الصك في بيعها لغير مصدرها ، رغم أن شروط وأحكام الصكوك لا تتضمن أي نص صريح من حرية المشتري في التصرف بالمبيع تصرف المالك في ملكه ، لكن حقيقة الحال أن مالك الصك لا يستطيع بيعها إلى غير المصدر ، كما لا يستطيع حضور الجمعية العمومية للشركة إذا كانت الأصول أسهماً ... الخ .

ب – النص على التزام البائع بإعادة الشراء بثمن الشراء الأول (القيمة الاسمية) في أي وقت يعجز فيه عن دفع التوزيع الدوري لحملة الصكوك .

ج- النص على التزام حملة الصكوك بأن يبيعوا الأصول لبائعها الأول فقط بثمن محدد مسبقاً يساوي ثمن الشراء الأول .

د- اشتراط مصدر الصكوك بقاء الأصول مسجلة باسمه ومدرجة في ميزانيته (Balance Sheet) على اعتبار أنها سترجع إليه بعد عدد من السنوات ، وهل يختلف الحكم باختلاف الأصول (عقارات ، معدات ، أسهم) .

هـ - ما حكم ما يسمى بالملكية النفعية (Beneficial Ownership) وهل هي مقبولة في كل جنس من الأصول حتى الأسهم .

ونحن في هذا البحث نسعى جاهدين لبيان الحكم الشرعي حول المسائل السابقة .

والله نسأل أن يكتب لنا التوفيق والسداد وأن يكسو أعمالنا كلها ثوب الإخلاص ولباس التقوى وأن يعصمنا من الخطأ والزلل في القول والعمل ويتقبّلها منّى قبولاً حسناً إنه مولاي فنعم المولى و نعم النصير و المجيب.

كتبه الفقير إلى ربه
على محيى الدين القره داغي

التعريف بعنوان البحث :

بما أن البحث يتكون من عدة كلمات نُعرف بأهمها، وهي: البيع، والصكوك.

أ ـ البيع:
لغة : مبادلة مال بمال ، وعرفه البعض بأنه دفع عوض ، وأخذ ما عوض عنه ، ويطلق البيع في لغة قريش على من أخرج الشيء من ملكه ، والمشتري على من أدخل في ملكه ، ولكن الراجح هو : استعمال كل واحد منهما مكان الآخر ، وذلك لأن كل واحد منهما يخرج شيئاً من ملكه إلى الآخر ، ويدخل شيئاً أيضاً في ملكه سواء كان الثمن والمثمن[1].

وفي الاصطلاح الفقهي لا يخرج عن معناه اللغوي إلاّ في بعض التعريفات التي أضافت لفظ (عن تراض) وبعضها خصص البيع بمبادلة الأعيان دون المنافع[2] .
إن أحكام البيع وأركانه وشروطه وضوابطه، قد فصّل فيها الفقهاء ، ولا تتسع طبيعة البحث بالخوض فيها [3] .

ب ـ الصكوك:
هي جمع صك وهو معرب يُعنى به : وثيقة بمال ، أو نحوه[4] ، وفي اللغة العربية يقال صكّه صكّاً أي دفعه بقوة وفي التنزيل العزيز (فصكّت وجهها)[5] أي لطمته تعجباً ، وصكت الباب أي أغلقته ، والصك لفظ معرب يقصد به وثيقة بمال ، أو نحوه ، ويطلق على الشيك الذي تصدّره المصارف[6] ، وعلى صك الوقف ، أو صك المحكمة ، او صك الإثبات ، أو نحو ذلك .

الفروق الأساسية بين الصكوك والسندات :
فالفروق الجوهرية بين السندات والصكوك الاستثمارية تكمن فيما يأتي :
1ـ السندات بجميع أنواعها تمثل ديناً في ذمة المدين مصدر الصك لصالح دائنه (حامل الصك) فالعلاقة بينهما علاقة المداينة .

---

(1) يراجع : القاموس المحيط ، ولسان العرب والمعجم الوسيط مادة (باع)
(2) يراجع : فتح القدير (455/5) والحطاب (255/4) ومغني المحتاج (177/2) والمغني (152/2)
(3) المراجع السابقة
(4) انظر : المعجم الوسيط ، ط.قطر (519/1)
(5) سورة الذاريات / الآية 51
(6)يراجع : القاموس المحيط ، ولسان العرب ، مادة (صك)

وأما الصكوك الاستثمارية فهي تمثل حصة شائعة من جميع موجودات المشروع، وبالتالي فالعلاقة بين صاحب الصك، والمصدر هو علاقة المشاركة وليست علاقة المداينة.

2- السندات تحدد لها فائدة ثابتة، أو متغيرة من زمن إلى آخر، ولذلك صدرت قرارات المجامع الفقهية بحرمة السندات لأن تلك الفائدة هي الربا المحرم.

وأما صكوك الاستثمار فليست لها فائدة ثابتة أو متغيرة، وإنما الأمر فيها إذا تحقق لها الربح فهي تأخذ نصيبها منه، وإذا خسرت الشركة فإن الموجودات التي يمثلها الصك الاستثماري قد قلت، أي أن الصك الاستثماري خاسر بنسبة نصيبه من الخسارة.

والخلاصة أن الصك الاستثماري يتأثر بموجودات المشروع سلباً وإيجاباً، ربحاً وخسارة، في حين أن السند لا يتأثر بأي شيء، وإنما يأخذ صاحبه أصل الدين مع الفائدة المقررة المتفق عليها.

ولكن الصكوك اليوم من خلال مجموعة من العقود والإجراءات ، ولا سيما الصكوك القائمة على الإجارة المنتهية بالتمليك استطاعت أن تعطي مؤشراً لأرباح مناسبة .

3- عند تصفية المشروع يكون لصاحب السند الأولوية في الحصول على قيمة السند وفوائده المتفق عليها ، أما الصك الاستثماري فليس له الأولوية ، وإنما تصرف له نسبته مما يتبقى من موجودات المشروع بعد سداد الديون ، أي أن موجودات المشروع ملك لأصحاب الصكوك وتعود إليهم[1] .

التأصيل الشرعي للتصكيك (صياغة الصكوك):

التصكيك في حقيقته عبارة عن تقسيم ما يمثله الصك من أعيان ومنافع وحقوق وأنشطة إلى حصص متساوية ، ثم إصدار صكوك بقيمتها ، فهذا التقسيم والتجزئة لا يتعارضان مع مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها ، بل يتفقان مع مبدأ الحصص الشائعة وجواز المشاركة فيها ، بل إن الشركة ـ عقداً أو ملكاً ـ تعني هذه البيوع ، وأن كل شريك مشترك مع شريكه الآخر أو شركائه في الملك أو في المشروع بنسبة شائعة ، فما الأسهم ، أو صكوك الاستثمار إلاّ تعبير عن هذه النسبة الشائعة من موجودات الشركة ، أو من العين المملوكة على سبيل شركة الملك.

ولذلك صدر قرار المجمع ، رقم (88/08/4/5) بجواز صكوك المقارضة .

وصكوك الاستثمار تبع للعقد الأساس بنظمه والموجودات التي يتمثل بها ، لذلك تطبق على الصك أحكام موجوداته فإذا كانت موجوداته مما يجوز تداولها جاز تصكيك الصكوك لها ، وإن لم تكن كذلك مثل الديون فلا يجوز تصكيكها لأجل التداول ، ولكن تصكيكها من حيث هو لا مانع منه شرعاً وحينئذٍ تطبق عليها أحكام التصرف في الديون .

---

(1) يراجع : د.علي القره داغي : الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي / بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي . ع 7 ج 4 ص 129 ـ 151

الحاجة الاقتصادية والمالية إلى إصدار الصكوك الإسلامية:

مما يخفى أن السوق المالية الإسلامية تحتاج حاجة ملحة لإصدار صكوك الاستثمار الإسلامية لما يأتي:

أولاً : أن هذه الصكوك تساعد على النهوض بالاقتصاد الإسلامي نظرياً وعملياً .

أما نظرياً فهذه الصكوك الإسلامية استكمال لبقية الآليات والأدوات الاقتصادية التي يتطلبها الاقتصاد الإسلامي ، إذ أن الاقتصاد الإسلامي لا ينحصر دوره في الوسائل التي تخلو من الربا ، ولا في البنوك الإسلامية أو شركات التأمين الإسلامي ، أو الشركات الاستثمارية أو التمويلية الإسلامية ، وإنما يشمل كل جوانب الاقتصاد الذي تعتبر الأدوات الاستثمارية جزءاً مهماً فيه وركناً وركيناً من أركانه ، إضافة إلى أن وجودها يدل على عظمة النظام الإسلامي وشموليته وقدرته على التطوير والازدهار مع الحفاظ على ثوابته.

وأما عملياً فإن الجمهور الإسلامي الملتزم بأحكام الشريعة الإسلامية يحتاجون للاستثمار عن طريق هذه الأدوات الاستثمارية المعاصرة ، كما أن المؤسسات المالية الإسلامية أحوج ما تكون إلى هذه الأدوات لتحقيق مقاصدها الشرعية المتنوعة لما يأتي :

أ ـ إنها تحتاج إلى مزيد من الأدوات وطرح المنتجات لكسب المستثمرين وتوزيع قاعدة الاستثمار الإسلامي ، وذلك لأن لكل أداة استثمارية أصحابها والراغبين فيها ، وبالتالي تتضخم مجموعة طيبة من هؤلاء إلى الاستثمار الإسلامي.

ب ـ إن البنوك المركزية تشترط على البنوك الإسلامية أن تدع نسبة من ودائعها ، او من الحساب الجاري في حساب البنك المركزي في كل بلد ضماناً للسيولة ونحوها ، وحينئذٍ تجمد هذه النسبة دون فائدة ، لأن البنوك الإسلامية لا تأخذ الفوائد في حين أن البنوك الربوية إما أن تأخذ عليها فوائد ، او تضع في البنك المركزي سندات الخزينة ، لذلك فوجود صكوك الاستثمار الإسلامي يساعد البنوك الإسلامية للاستفادة من كافة ما لديها من نقود وسيولة بطاقة قصوى من خلال إيداع مثل هذه الصكوك بالقدر المطلوب لدى البنك المركزي .

ج ـ إن وجود هذه الأدوات الاستثمارية الإسلامية يرفع الحرج عن شريحة كبيرة من المستثمرين الذين يحتاجون إلى مثلها لأسباب اقتصادية معقولة .

ثانياً : إن هذه الأدوات الاستثمارية تساعد الدولة في تغطية عجز ميزانيتها ، وخلال طرحها تلبي احتياجاتها في تمويل مشاريعها التنموية ، والبنيوية (البنية التحتية) بدلاً من سندات الخزينة والدين ، بل يعتبرها الاقتصاديون أدوات تمويلية مميزة للسياسات النقدية في عصرنا الحاضر ، وبالأخص صكوك الإجارة التي تمتاز باستقرار نسبي من حيث الأصول المؤجرة ، والأجرة المتحققة ، فإذا أصدرتها الدولة تتمتع بالإضافة إلى ما سبق بثقة عالية

لدى المتعاملين معها ، لذلك تصلح أن تكون بديلاً جيداً لسندات الخزينة في السياسة النقدية للبنك المركزي من خلال ما يسمى بعمليات السوق المفتوحة التقليدية1.

ثالثاً : إن وجود هذه الصكوك الاستثمارية يثرى بها السوق المالية الإسلامية (البورصة لأنها الطرف المكمل للأسهم ، والجناح الثاني للبورصة والجزء الآخر من رئة البورصة التي فيها تتحرك الأموال بحرية وسهولة .

رابعاً : إن هذه الصكوك تعتبر من أهم الوسائل لتنويع مصادر الموارد الذاتية وتوفير السيولة للأفراد والمؤسسات والشركات والحكومات .

خامساً : إن هذه الصكوك تساعد الأفراد على توفير مدخراتهم الصغيرة وتجميعها ، وتثمينها .

سادساً : إن وجود هذه الصكوك يغطي حاجة ملحة للشركات التي تحتاج إلى سيولة لأمد معقول (حسب الحاجة إما طويل ، أو قصير أو متوسط) وتكون أمام هذه الحاجة إما أن تزيد من رأسمالها من خلال طرح أسهم جديدة ، وهذا قد يؤثر في أرباح المساهمين وإما طرح سندات ، فوجود هذه الصكوك يحقق مصالح كبيرة لهذه الشركات ، ويدرأ عنها مفاسد أيضاً .

والخلاصة أن هذه الصكوك الإسلامية تحتاج إليها الحكومات لتمويل مشاريعها الكبيرة والصغيرة والمتوسطة سواء كانت مشاريع صناعية أم زراعية أم خدمية ، وتحتاج إليها المؤسسات المالية الإسلامية ـ لما ذكرنا ـ كما أن هذه الشركات الأخرى لا تستغني عنها ، وكذلك الأفراد وبالأخص الملتزمون حيث ترفع هذه الصكوك عنهم الحرج الشرعي في التعامل معها والاستثمار فيها .

الضوابط العامة للصكوك الاستثمارية:

أوضح مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره (رقم 30 (4/3)) الضوابط الأساسية للصكوك الاستثمارية نذكرها لأهميتها وهي:

أولاً :من حيث الصيغة المقبولة شرعاً لصكوك المقارضة :

1. سندات المقارضة هي أداة استثمارية تقوم على تجزئة رأس مال القراض (المضاربة) بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس وحدات متساوية القيمة ومسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصاً شائعة في رأس مال المضاربة وما يتحول إليه ، بنسبة ملكية كل منهم فيه .

2. الصورة المقبولة شرعاً لسندات المقارضة بوجه عام لا بد أن تتوافر فيها العناصر التالية :

(1) د. منذر قحف : الإجارة المنتهية بالتمليك ، وصكوك الأعيان المؤجرة ، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي ع12 ج 1 ص 103

العنصر الأول: أن يمثل الصك ملكية شائعة في المشروع الذي أصدرت الصكوك لإنشائه أو تمويله، وتستمر هذه الملكية طيلة المشروع من بدايته إلى نهايته.

وترتب عليها جميع الحقوق والتصرفات المقررة شرعاً للمالك في ملكه من بيع وهبة ورهن وارث وغيرها، مع ملاحظة أن الصكوك تمثل رأس مال المضاربة.

العنصر الثاني: يقوم العقد في صكوك المضاربة على أساس أن شروط التعاقد تحددها (نشرة الإصدار) وأن (الإيجاب) يعبر عنه (الاكتتاب) في هذه الصكوك، وأن (القبول) تعبر عنه موافقة الجهة المصدرة.

ولا بد أن تشمل نشرة الإصدار على جميع البيانات المطلوبة شرعاً في عقد القراض (المضاربة) من حيث بيان معلومية رأس المال وتوزيع الربح مع بيان الشروط الخاصة بذلك الإصدار على أن تتفق جميع الشروط مع الأحكام الشرعية .

العنصر الثالث : أن تكون صكوك المقارضة قابلة للتداول بعد انتهاء الفترة المحددة للاكتتاب باعتبار ذلك مأذوناً فيه من المضارب عند نشوء السندات مع مراعاة الضوابط التالية :

أ) إذا كان مال القراض المتجمع بعد الاكتتاب وقبل المباشرة في العمل بالمال ما يزال نقوداً فإن تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد وتطبق عليه أحكام الصرف .

ب) إذا أصبح مال القراض ديوناً تطبق على تداول صكوك المقارضة أحكام تداول التعامل بالديون .

ج) إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضى عليه ، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع ، أما إذا كان الغالب نقوداً أو ديوناً فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع في الدورة القادمة .

العنصر الرابع : إن من يتلقى حصيلة الاكتتاب في الصكوك لاستثمارها وإقامة المشروع بها هو المضارب ، أي عامل المضاربة ولا يملك من المشروع إلاّ بمقدار ما قد يسهم به بشراء بعض الصكوك فهو رب مال بما أسهم به بالإضافة إلى أن المضارب شريك في الربح بعد تحققه بنسبة الحصة المحددة له في نشرة الإصدار وتكون ملكيته في المشروع على هذا الأساس.

وإن يد المضارب على حصيلة الاكتتاب في الصكوك وعلى موجودات المشروع هي يد أمانة لا يضمن إلاّ بسبب من أسباب الضمان الشرعية.

3. مع مراعاة الضوابط السابقة في التداول : يجوز تداول المقارضة في أسواق الأوراق المالية إن وجدت بالضوابط الشرعية وذلك وفقاً لظروف العرض والطلب ويخضع لإرادة العاقدين ، كما يجوز أن يتم التداول بقيام الجهة المصدرة في فترات دورية معينة بإعلان أو إيجاب يوجه إلى الجمهور تلتزم بمقتضاه خلال مدة محددة بشراء هذه الصكوك من ربح مال

المضاربة بسعر معين ويحسن أن تستعين في تحديد السعر بأهل الخبرة وفقاً لظروف السوق والمركز المالي للمشروع ، كما يجوز الإعلان عن الالتزام بالشراء من غير الجهة المصدرة من مالها الخاص ، على النحو المشار إليه .

4. لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال ، فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمناً بطل شرط الضمان واستحق المضارب ربح مضاربة المثل .

5. لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار ولا صك المقارضة الصادر بناء عليها نص يلزم بالبيع ولو كان معلقاً أو مضافاً للمستقبل ، وإنما يجوز أن يتضمن صك المقارضة وعداً بالبيع ، وفي هذه الحالة لا يتم البيع إلاّ بعقد بالقيمة المقدرة من الخبراء وبرضا الطرفين.

6. لا يجوز أن تتضمن نشرة الإصدار ولا الصكوك المصدرة على أساسها نصاً يؤدي إلى احتمال قطع الشركة في الربح فإن وقع كان العقد باطلاً.

ويترتب على ذلك :

أ) عدم جواز اشتراط مبلغ محدد لحملة الصكوك أو صاحب المشروع في نشرة الإصدار وصكوك المقارضة الصادرة بناء عليها .

ب) أن محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي ، وهو الزائد عن رأس المال وليس الإيراد أو الغلة ، ويعرف مقدار الربح ، إما بالتنضيض أو بالتقويم للمشروع بالنقد ، وما زاد على رأس المال عند التنضيض أو التقويم فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة ، وفقاً لشروط العقد.

ج) أن يعد حساب أرباح وخسائر للمشروع وأن يكون معلناً وتحت تصرف حملة الصكوك.

7. يستحق الربح بالظهور ، ويملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلاّ بالقسمة ، وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيراداً أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته .

وما يوزع على طرفي العقد قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب.

8. ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة ، إما من حملة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تنضيض دوري ، وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال .

9. ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين ، على أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطاً في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين

أطرافه ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد . (انتهى قرار المجمع) .

وكذلك يعتبر من الأحكام والضوابط الشرعية العامة أيضاً ما يأتي:

صكوك الاستثمار لا بد أن تصدر على أساس عقد من عقود الاستثمار الشرعية، من بيع، وإجارة، ومشاركة...الخ، وحينئذ تخضع لأحكام هذا العقد وشروطه العامة.

إذا أريد للصكوك التداول المطلق فيجب أن تكون ممثلة للأعيان، أو المنافع، أو الخدمات، أو الحقوق المستقرة ، أو نحوها ، أو كلها مجتمعة .

أما الديون في الذمم فلا تجوز صياغة الصكوك منها لأجل التداول المطلق ، لنه يطبق عليها أحكام التصرف في الديون .

الصكوك معتبرة بما يمثله من موجودات أو ديون أو نقود ، فيطبق عليها حسب قاعدة الكثرة والغلبة ، أو حسب قاعدة الأصالة والتبعية .

تنظم عقود إصدار الصكوك العلاقة بين طرفيها ، أي المصدر ، والمكتتب ، وترتب آثار هذه العقود من حقوق والتزامات بين طرفيها بمجرد انعقاد العقد[1] .

يتم العقد بالإيجاب المتمثل في الاكتتاب ، وبالقبول الذي يتم بموافقة الجهة المصدرة[2] ، من خلال الإعلان عنها ، أو تخصيص الصكوك ، أو نحو ذلك مما يدل على رضاه ، ولا تعتبر نشرة إصدار الصكوك إيجاباً إلاّ إذا تضمنت أنها إيجاب ، وحينئذٍ يكون الاكتتاب قبولاً ، ولكن النشرة هي بيان للشروط التي يلتزم بها المكتتب بمجرد اكتتابه في الصكوك .

ضوابط الصكوك حسب قرار المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI):

: (الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله الكريم وعلى آله وأصحابه أجمعين ، أما بعد،

فإن المجلس الشرعي بهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI) نظراً لاتساع تطبيق الصكوك عالمياً والإقبال العام عليها وما يثار حولها من ملاحظات وتساؤلات، بحث موضوع إصدار الصكوك في ثلاثة اجتماعات (أولاً) بالمدينة المنورة بتاريخ 12 جمادى الآخرة 1428هـ الموافق 27 يونيو 2007 (وثانياً) بمكة المكرمة بتاريخ 26 شعبان 1428هـ الموافق 8 سبتمبر 2007، (وثالثاً) بمملكة البحرين بتاريخ 7 و 8 صفر 1429هـ الموافق 13 و 14 فبراير 2008، بعد ما اجتمعت اللجنة المنبثقة منه

---

(1) المعيار رقم 18 البند 6/1/5

(2) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي 30(4/3) ويراجع مجلته ع 4 ج 3 ص 1809

بتاريخ 6 محرم 1429هـ الموافق 15 يناير 2008 بمملكة البحرين بحضور عدد كبير من ممثلي مختلف البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية وقدمت تقريرها إلى المجلس الشرعي.

وبعد النظر فيما دار في هذه الاجتماعات، والأوراق والبحوث التي قدمت فيها، فإن المجلس الشرعي_ إذ يؤكد على ما ورد بشأن الصكوك في المعايير الشرعية _ يوصي المؤسسات المالية الإسلامية وهيئات الرقابة الشرعية أن تلتزم عند إصدار الصكوك بما يأتي:

أولاً: يجب أن تمثل الصكوك القابلة للتداول ملكية حملة الصكوك بجميع حقوقها والتزاماتها، في موجودات حقيقية من شأنها أن تتملك وتباع شرعاً وقانوناً، سواء أكانت أعياناً أم منافع أم خدمات، وفقاً لما جاء في المعيار الشرعي رقم (17) بشأن صكوك الاستثمار، بند (2) وبند 5\1\2. ويجب على مدير الصكوك إثبات نقل ملكية الموجودات في سجلاته وألا يبقيها في موجوداته.

ثانياً: لا يجوز أن تمثل الصكوك القابلة للتداول الإيرادات أو الديون ، إلا إذا باعت جهة تجارية أو مالية جميع موجوداتها، أو محفظة لها ذمة مالية قائمة لديها ودخلت الديون تابعة للأعيان والمنافع غير مقصودة في الأصل وفق الضوابط المذكورة في المعيار الشرعي رقم (21) بشأن الأوراق المالية.

ثالثاً: لا يجوز لمدير الصكوك، سواء أكان مضارباً أم شريكاً أم وكيلاً بالاستثمار أن يلتزم بأن يقدم إلى حملة الصكوك قرضاً عند نقص الربح الفعلي عن الربح المتوقع، ويجوز أن يكون احتياطي لتغطية حالة النقص بقدر الإمكان، بشرط أن يكون ذلك منصوصاً عليه في نشرة الاكتتاب. ولا مانع من توزيع الربح المتوقع تحت الحساب وفقاً للمعيار الشرعي رقم (13) بشأن المضاربة، بند 8\8. أو الحصول على تمويل مشروع على حساب حملة الصكوك

رابعاً: لا يجوز للمضارب أو الشريك أو وكيل الاستثمار أن يتعهد بشراء الأصول من حملة الصكوك أو ممن يمثلهم بقيمتها الاسمية عند إطفاء الصكوك في نهاية مدتها ويجوز أن يكون التعهد بالشراء على أساس صافي قيمة الأصول أو القيمة السوقية أو القيمة العادلة أو بثمن يتفق عليه عند الشراء، وفقاً لما جاء في المعيار الشرعي رقم (12) بشأن الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة، بند 3\1\6\2.، وفي المعيار الشرعي رقم (5) بشأن الضمانات، بند 2\2\1 و 2\2\2. علماً بأن مدير الصكوك ضامن لرأس المال بالقيمة الاسمية في حالات التعدي أو التقصير ومخالفة الشروط، سواء كان مضارباً أم شريكاً أم وكيلاً بالاستثمار.

أما إذا كانت موجودات صكوك المشاركة أو المضاربة أو الوكالة بالاستثمار تقتصر على أصول مؤجرة إجارة منتهية بالتمليك، فيجوز لمدير الصكوك التعهد بشراء تلك الأصول _عند إطفاء الصكوك_ بباقي أقساط الأجرة لجميع الأصول، باعتبارها تمثل صافي قيمتها.

خامساً: يجوز للمستأجر في التعهد في صكوك الإجارة شراء الأصول المؤجرة عند إطفاء الصكوك بقيمتها الاسمية على ألا يكون شريكاً أو مضارباً أو وكيلاً بالاستثمار.

سادساً: يتعين على الهيئات الشرعية أن لا تكتفي بإصدار فتوى لجواز هيكلة الصكوك، بل يجب أن تدقق العقود والوثائق ذات الصلة وتراقب طريقة تطبيقها، وتتأكد من أن العملية تلتزم في جميع مراحلها بالمتطلبات والضوابط الشرعية وفقاً للمعايير الشرعية، وأن يتم استثمار حصيلة الصكوك وما تتحول تلك الحصيلة إليه من موجودات بإحدى صيغ الاستثمار الشرعية وفقاً للمعيار الشرعي رقم (17) بشأن صكوك الاستثمار، بند 5\8\1\5.

هذا ويوصي المجلس الشرعي المؤسسات المالية الإسلامية أن تقلل في عملياتها من المداينات، وتكثر من المشاركة الحقيقية المبنية على قسمة الأرباح والخسائر ، وذلك لتحقيق مقاصد الشريعة. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين) .

بيع الصكوك:

يخضع بيع الصكوك في الفقه الإسلامي لمجموعة من الضوابط والإجراءات وفقاً للمرحلة التي هي فيها :

المرحلة الأولى: مرحلة الاكتتاب .

حيث تُجمع الأموال من المستثمرين للمشاركة في الصكوك ، أو بعبارة أخرى : قيامهم بشراء الصكوك حيث تجمع قيمتها في حساب خاص بالمستثمرين مباشرة ، أو عن طريق شركة ذات غرض خاص (S.P.V) تمثلهم ، ففي هذه الحالة لا يجوز لحامل الصك بيعه إلاّ مع مراعاة قواعد الصرف.

المرحلة الثانية: مرحلة ما بعد تجميع النقود وقبل أن تتحول إلى أعيان ومنافع

ففي هذه المرحلة لا يجوز للمشاركين أن يبيعوا صكوكهم الاستثمارية إلاّ مع تطبيق قواعد الصرف1 حسب قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 30(4/5) ، من ضرورة التماثل والتقابض في المجلس إن كان البيع بنفس النقد (مثل الريال القطري بالريال القطري) ومن ضرورة التقابض في المجلس إن كان بنقد آخر (مثل بيع الريال بالدولار) ولكن يجوز بيعها بالعروض .

أما إذا كانت الحصص المقدمة، أو أكثرها كانت أعياناً ومنافع وحقوقاً معنوية (حيث تجوز المشاركة بغير النقود أيضاً في القانون ، وكذلك في الفقه الإسلامي على الرأي الراجح)2 ، وحينئذ لا يمنع التداول بطريق البيع العادي .

وليس في تطبيق قواعد الصرف في حالة كونها نقوداً حرج كبير، إذ أنها مرحلة قصيرة متحملة.

المرحلة الثالثة: تحول النقود كلها أو معظمها إلى أعيان ومنافع وحقوق معنوية وظلت هذه النسبة باقية، أي لم تزد نسبة النقود أو الديون منفردة، أو مجتمعة على 50%. ففي هذه الحالة يجوز تداولها، لأنها في حكم الأعيان والمنافع والحقوق التي يجوز بيعها والتصرف فيها، كما صدر بذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 30(4/5).

المرحلة الرابعة : تحول السلع والأعيان والمنافع كلها أو معظمها إلى أثمان عاجلة (نقود) وآجلة (ديون) من خلال المرابحات والبيع الآجل ، وبالتقسيط ، حيث تتحول الأموال إلى نقود أو ديون للبنوك أو الجهة المصدرة لها .

تقوم ببيعها بالآجل عن طريق المرابحات أو البيوع الآجلة ، وحتى الاستصناع يتحول ثمنه في الغالب بعد إتمام العقد إلى ديون ، وما يؤخذ منها كمقدمة ، أو يسترد فهو نقود ، وحينئذ قد تكون نسبة الأعيان الموجودة والمنافع والقيمة المعنوية أقل بكثير من 50% .

ففي هذه الحالة لو نظرنا إلى موجودات الصكوك لوجدنا أنها مختلطة من كل هذه الأشياء التي ذكرناها، وقد تكون نقودها، أو ديونها منفردة أو مجتمعة أكثر من الأعيان والمنافع والحقوق المعنوية، فأين الحل1 ؟

---

(1) فقد ورد في ذلك أحاديث صحيحة منها ما رواه البخاري ومسلم وغيرهما بسندهم عن أبي صالح قال : (سمعت أبا سعيد الخدري يقول : (الدينار بالدينار ، والدرهم بالدرهم مثلاً بمثل ، من زاد أو ازداد فقد أربى) وورد بلفظ (لا تبيعوا الذهب بالذهب إلاّ مثلاً بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا الورق بالورق إلاّ مثلاً بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا غائباً بحاضر) انظر : صحيح البخاري (31/2)ومسلم (42/5) وسنن النسائي (222/2) والترمذي (234/1) وأحمد (4/3 ، 51, 61) وإرواء الغليل (189/5)

(2) وهذا رأي المالكية ، وأحمد في رواية ، والأوزاعي ، وابن أبي ليلى ، يراجع : المدونة (66،65/5) والمغني لابن قادمة (17/5)

المرحلة الخامسة : مرحلة التصفية عند توقف نشاط الصكوك ، وحينئذ تكون معظم حقوقها ديوناً آجلة ، أو نقوداً ، وما بقي من الأعيان تباع لأجل التصفية ، ففي هذه المرحلة الأخيرة لا بدّ أن تطبق عليها قواعد الصرف ، وقواعد بيع الديون وهذه المرحلة (مرحلة التصفية) لا تدخل في نطاق البحث ، إذ للتصفية أحكامها الخاصة لا يتسع البحث للخوض فيها .

الحل الناجع لهذه المرحلة:
هناك حلول منها الاعتماد على قاعدة الأكثرية ، وهذا ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي في قراره (30 (4/3)) في الاعتماد على أن تزيد نسبة الأعيان والمنافع عن 50% ، في حين اعتمد المعيار الشرعي الخاص بالأسهم (المعيار رقم 2) على أن لا تقل نسبة الأعيان والمنافع عن 30% .

تداول الصكوك واستردادها:
فصل المعيار الشرعي الخاص بصكوك الاستثمار (رقم 17) تداول الصكوك واستردادها ، حيث جاء فيه : (يجوز تداول الصكوك واستردادها إذا كانت تمثل حصة شائعة في ملكية موجودات من أعيان أو منافع أو خدمات، بعد قفل باب الاكتتاب وتخصيص الصكوك وبدء النشاط، أما قبل بدء النشاط فتراعى الضوابط الشرعية لعقد الصرف، كما تراعى أحكام الديون إذا تمت التصفية وكانت الموجودات ديونًا، أو تمّ بيع ما تمثله الصكوك بثمن مؤجل.)

والحل الناجع في نظري هو رعاية قاعدة الأصالة والتبعية، حيث قدمنا هذا الحل مع مناقشة حلول أخرى إلى عدة مؤتمرات، ونال إعجاب الكثيرين، وخلاصته :
رعاية مبدأ الأكثرية أو الأغلبية.
وهذا المبدأ يحتمل أمرين :-
أ/ رعاية مبدأ الأكثرية والغلبة المطلقة، أي أنه إذا كانت الديون والنقود أكثر من 50% فلا يجوز تداول أسهمها أو حصصها إلا مع مراعاة قواعد بيع الديون إذا كان الغالب الديون، وقواعد الصرف إذا كان الغالب هو النقود، وكذلك إذا كانت الأعيان والمنافع والحقوق أكثر من 50% فإنه يجوز تداول أسهمها .

(1) يراجع كتابنا : أثر ديون ونقود الشركة أو المحفظة على حكم تداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية (المشكلة والحلول) دراسة فقهية اقتصادية . ط. المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب – بنك التنمية

ب / الاعتبار بالكثرة العرفية، أي ما يعد في العرف كثيراً مثل الثلث، حيث " الثلث كثير " وهنا اختلفت الأنظار هل تعتبر الديون والنقود التي بلغت الثلث تعد كثيرة ؟ أو تعتبر الأعيان والمنافع والحقوق التي بلغت الثلث كثيرة..؟

ونستبعد الاحتمال الثاني (ب) لأن فيه تحكماً، وليس فيه معيار منضبط، فما دمنا نحتكم إلى قاعدة الأكثرية والغالبية فإن ما زاد على 50 هو المعيار المنضبط.

وقد توصل البحث إلى أن قاعدة الأكثرية مع أنها قاعدة معتبرة في الفقه لكنها لا تحل هذه المشكلة في المؤسسات المالية التي تتعامل بالعقود الآجلة كالمرابحات والاستصناع ، لأن ميزانيات أكثرها تتضمن من النقود والديون الناتجة عن العقود الآجلة أكثر من 90%.

رعاية قاعدة الأصالة والتبعية.

وهي قاعدة فقهية معتبرة في الفقه الإسلامي، وانبثقت منها عدة قواعد وتفرعت منها فروع كثيرة متناثرة في مختلف أبواب الفقه وبناء على ذلك أنه إذا كان المقصود الأساسي من الموجودات هو الأعيان والمنافع والحقوق المعنوية فإن تداول أسهمها أو صكوكها أو وحداتها الاستثمارية جائز.

وقد رأينا أن جميع الندوات التي شاركنا فيها قد توصلت إلى اعتبار قاعدة الأصالة والتبعية، وأن الحل الناجع يكمن فيها، وحينئذ يكون التداول جائزاً ما دامت المنافع والأعيان والحقوق هي المقصودة أصلاً ، ولا ينظر حينئذ إلى مقدار الديون والنقود ولا إلى نسبتها – قلة أو كثرة –

غير أنه يثير التساؤل حول الأصل المتبوع ؟ هل هو السلع والمنافع ؟ أو هو القيمة المعنوية ؟ أو هو منفعة الأجير أو المضارب ؟ أو هو مجموعة أمور ؟ كل ذلك يحتاج إلى تحرير وتأصيل.

ولتأصيل ذلك توصل البحث إلى أن الأصل المتبوع هو نشاط الشركة وعملها وأغراضها المصرح بها في النظام الأساسي فإن كان غرض الشركة ونشاطها هو العمل في تجارة الأعيان والمنافع والحقوق عن طريق العقود الشرعية كالمرابحة والاستصناع والإجارة ونحوها ، فإن الديون أو النقود الناتجة منها مهما كثرت لا تؤثر في تداول أسهمها إلا في حالات البداية قبل العمل، أو النهاية عند التصفية، وذلك لأن العمل التجاري هو الأصل المتبوع المقصود وأن الديون أو النقود نتجت تبعاً لذلك العمل.

أما إذا كانت أغراض الشركة هي التجارة في العملات أو الصرافة أو بيع الديون وشرائها فقط فإن تداول أسهمها يحتاج إلى تطبيق قواعد الصرف، أو أحكام بيع الديون، وبناءً على ذلك فإن الأصل المتبوع في الشركات (التي تحدد أغراضها في التجارة من خلال عقود البيع والشراء والمرابحة والسَلَمْ والاستصناع والإجارة ونحوها الواقعة على السلع أو المنافع أو الحقوق) هو ذلك النشاط المتمثل في بيع موجودات الشركة ، أو بقية العقود الأخرى ، وما نتج من ذلك من تحقيق الأرباح . وأن الديون أو النقود ليست هي المقصودة

أصالة من تلك الشركات لا من حيث أغراض الشركة ولا من حيث النشاط الفعلي للشركة ولا من حيث القصد العام للمساهمين أو المتعاملين مع الشركة فهم يقصدون حقيقة أنشطة الشركة وإنتاجها ، ومن ثم الحصول على أرباحها.

وحتى من الجانب العملي فإن هذه الشركات إذا تحققت لها نقود أو حصلت الديون أعادت استثمارها في البيع والشراء والعقود الواردة على السلع والمنافع والحقوق، في حين أن الأصل المتبوع في الشركات التي تحدد أغراضها في بيع الديون، أو العملات أو الصيرفة هو ذلك النشاط المتمثل في تحقيق تلك الأغراض التي تتجه الشركة لتحقيقها ، ونجعلها محور نشاطها .

ويدل على ذلك الجمع بين الأحاديث الواردة في هذا الشأن فحديث فضالة بن عبيد الأنصاري (الذي رواه مسلم والذي نهى فيه الرسول ﷺ عن بيع القلادة التي فيها خرز إلا بنزع الخرز، ثم بيع الذهب وحده) يدل على أن الرسول أوجب النزع، لأن البيع كان وارداً على الذهب أصالة، وجاء الخرز تبعاً، ولم يعتد الرسول بكلام السائل : أنه يريد الحجر ، لأن القصد الظاهر في القلادة متجه نحو الذهب فهو الأصل المقصود، مما يعطي للقصد العام الأهمية القصوى، وأما الحديث الصحيح المتفق عليه " من باع عبداً و له مال، فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع " ففيه أن البيع قد وقع على أصل العبد، وجاء ماله ولو كان ذهباً أو فضه (كثيراً أو قليلاً تبعاً)، حيث يدل الحديث بظاهره على جواز ذلك دون النظر إلى جنس الثمن لأن لفظ " مال " في الحديث يشمل جميع أمواله نقداً كان أو ديناً ، أو عرضاً قليلاً أو كثيراً كما يدل على أن مال العبد المباع مهما كان مقداره أو نوعه فهو تابع له .

وكذلك الحال في الحديث الصحيح المتفق عليه بلفظ " من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع " حيث يدل على جواز بيع الثمر قبل بدو صلاحها تبعاً للنخل، مع أنه لا يجوز بيعها وحدها لثبوت النهي عن ذلك .

ومن تطبيقات ذلك ما ذهب إليه الحنابلة من أن " صلاح بعض ثمرة شجرة في بستان صلاح لها – أي للشجرة – وصلاح لسائر النوع الذي في البستان الواحد " وإنما صح مع ما بدا صلاحه تبعاً له (كشاف القناع 387/3 ويراجع المغني 156/6) وعلى ضوء ذلك يجوز تداول الأسهم أو الصكوك أو الوحدات الاستثمارية مهما كانت نسبة الديون أو النقود بالشروط التالية :-

أن تحدد أغراض الشركة بأعمال التجارة والاستثمار أو الصناعة أو الزراعة من خلال العقود الواردة على السلع أو المنافع أو الحقوق ، أي أن لا تحدد أغراضها في الصيرفة ، أو بيع الديون .

أن لا تقتصر موجودات الشركة أو الصندوق أو الصكوك على النقود والديون فيكون فيها موجودات مادية أو معنوية من أعيان ومنافع دون النظر إلى النسبة.

أن تكون أعمال البيع والشراء والاستصناع ونحوها هي المقصودة أصالة ، وتكون الديون أو النقود قد أتت تابعة غير مقصودة وإنما اقتضتها طبيعة أنشطة المؤسسة بأن كانت تابعة للأعيان والمنافع ، أي أن هناك قصداً تبعياً لها ضمناً.

والمراد بالقصد المعتبر هو أن يكون محل التداول حصة في الوعاء الاستثماري للنشاط المشروع القائم أصالة على المتاجرة في السلع والخدمات غير المقتصر على التعامل في النقود المحضة والديون المحضة أما إذا كان محل التداول الديون – كما في سندات الديون – أو النقود فقط فلا يجوز تداولها إلا على ضوء ضوابط بيع الديون والنقود.

أن تبدأ المؤسسة ممارسة أنشطتها في الأعيان والمنافع أما قبل ذلك فيكون التداول نقداً بالقيمة المدفوعة.

وأن يتوقف التداول عند إعلان التصفية القانونية للمؤسسة .

لا يجوز أن يتخذ القول بالجواز ذريعة أو حيلة لتصكيك الديون وتداولها كأن يتحول نشاط الصندوق إلى المتاجرة بالديون التي نشأت عن السلع ، ويجعل شيء من السلع في الصندوق حيلة للتداول.

المسائل المهمة في بيع الصكوك :

المسألة الأولى : تقييد تصرف مالك الصك في بيعها لغير مصدرها ، رغم أن شروط وأحكام الصكوك لا تتضمن أي نص صريح من حرية المشتري في التصرف بالمبيع تصرف المالك في ملكه ، لكن حقيقة الحال أن مالك الصك لا يستطيع بيعها إلى غير المصدر ، كما لا يستطيع حضور الجمعية العمومية للشركة إذا كانت الأصول أسهماً ... الخ

للجواب عن ذلك نقول :

الفقرة تضمنت حالة ما إذا كان العرف أو الواقع هو أن مالك الصك لا يستطيع بيعه إلى غير المصدر دون وجود شرط ، ففي هذه الحالة يثار هذا السؤال : هل العبرة بالعقد أم بالواقع؟

الذي عليه الفقهاء هو أن العبرة بما في العقد ، وبنوده ، وبما اتفق عليه العاقدان ، وليس بالواقع الذي يتم فيما بعد ، وبالتالي فالعقد صحيح ما دامت أركانه وشروطه متوافرة ولم يوجد مانع معتبر شرعاً .

ويمكن أن يثار حول هذه المسألة ما يأتي :

أ ـ هل يدخل هذا من باب الخلاف الدائر حول العناية في العقد الباطن أولاً ، أم الاعتماد في العقود على الظاهر! .

وهذه المسألة يعبر عنها الفقهاء من خلال القاعدة الفقهية القاضية بأن الأمور بمقاصدها ، وهي مأخوذة من الحديث الصحيح (إنما الأعمال بالنيات)1 .

وقد اتفق الشافعي ، وأحمد ، وابن مهدي ، وابن المديني ، وأبو داود ، والدارقطني ، وغيرهم ، على أنه ثلث العلم ، ووجه البيهقي ذلك بأن كسب العبد يقع بقلبه ، ولسانه ، وجوارحه ، فالنية أحد أقسامها الثلاثة وأرجحها ، لأنها قد تكون عبادة مستقلة ، وغيرها يحتاج إليها ، ومن ثم ورد : (نية المرء خير من عمله)2 .

ولكن هذه القاعدة المبنية على النيات تدور حول دور النيات في قبول العبادات ، أو عدمه ، وفي باب الثواب والعقاب3 ، وفي تعيين الألفاظ غير الصريحة (أي الكنايات) حيث تحدد النية المراد بها ، وأما الصريحة فلا ينظر فيها ـ من حيث القضاء ـ إلى القصد بمعنى النية بل يحمل على ظاهر لفظه ، فقد اتفق الفقهاء على أن الصريح لا يحتاج إلى النية ـ أي إلى إرادة استعماله ـ يقول ابن نجيم: (وأما المعاملات فأنواع : فالبيع لا يتوقف عليها ، وكذا الإقالة ، والإجارة لكن قالوا : إن عقد بمضارع لم يصدر بسوف، أو السين توقف على النية ، فإن نوى به الإيجاب للحال كان بيعاً وإلاّ فلا، بخلاف صيغة الماضي ، فإن البيع بها لا يتوقف على النية... وأما الهبة فلا تتوقف على النية، وأما الطلاق فصريح وكناية، فالأول يحتاج في وقوعه إليها ... ـ أي قضاءً ـ .... وما كان كناية اشترطت ـ أي النية ـ له ..)4 .

ومن هنا يتبين لنا أن ما يجري عليه العمل يعدّ أمراً لن يؤثر في صحة العقد ، وإنما يطبق عليه الحكم التكليفي من حيث الحل والحرمة إذا كانت النية حسنة ، أو سيئة ، كما أن للقصد (النية) غير المشروع أثراً في العقود إذا أريد بظاهر العقد الوصول إلى الربا ، كما في بيع العينة حيث لا يصح عند جمهور الفقهاء5 ، أو إلى محرم آخر مثل تحليل المرأة المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول ، حيث لا يصح عند جماعة من الفقهاء6 .

ومن هنا يتبين لنا أن الموضوع الذي أثير في السؤال لا يدخل في هذه المسائل ، لأن العقد هنا أريد به الوصول إلى الربا ، أو تحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول ، وبذلك عارض العقد مقصد الشارع فلذلك ألغي في نظر هؤلاء الفقهاء ، أما في موضوعنا المبحوث عنه فلم يجعل العقد وسيلة لتحقيق شيء محرم ، وإنما جاء التنفيذ مفصولاً غير مرتبط بالعقد .

---

(1) رواه البخاري بعدة روايات ـ مع الفتح ـ (7/1) ومسلم الحديث 1907 ورواه غيرهما

(2) يراجع : الأشباه والنظائر للسيوطي ط. دار الكتاب العربي / بيروت ص 40 والحديث في مسند الشهاب (119/1) وأبو نعيم في الحلية (255/3) والخطيب في تأريخ بغداد (237/9) والطبراني في الكبير . ويراجع مجمع الزوائد (1/ 61)

(3) قال ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص 20 : (والإجماع على أنه لا ثواب ولا عقاب إلاّ بالنية)

(4) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص 20-26

(5) يراجع : فتح القدير (207/5) وبداية المجتهد (140/2) والشرح الكبير مع الدسوقي (3876-88) والروضة (416/3) والمغني لابن قدامة (193/4) ومجموع الفتاوى (430/29-431)

(6) حيث ذهب المالكية ، والحنابلة ، والزيدية إلى أنه عقد باطل لا يترتب عليه التحليل ، وخالفهم الحنفية ، والشافعية والظاهرية إلى أن العقد صحيح ما دام قد توافرت فيه الشروط والأركان . يراجع : الشرح الكبير (2/ 258) والمغني لابن قدامة (275/7) والروض النضير (389/4) وفتح القدير (177/3) والأم (71/5) والروضة (126/7) والمحلى لابن حزم (484/11)

ب - وهل يدخل في باب (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) وهي قاعدة فقهية معروفة فسّرت بأن (المعروف المعتاد بين الناس - وإن لم يذكر صريحاً - فهو بمنزلة التصريح ، لدلالة العرف عليه ، فقد ذكر في البدائع من كتاب الإجارة : (أن توابع العقود التي لا ذكر لها في العقود تحمل على عادة كل بلد ....)[1] .

ومن مسائلها : أن تعجيل الثمن لا يحتاج إلى شرط ... أما التأجيل والتقسيط فإنهما لا يثبتان إلاّ بشرط أو عرف؛ لأن ا لمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً [2] .

ولكن الفقهاء صرحوا بأن دخول العرف في العقد من قبيل الدلالة، ولذلك جاز اشتراط خلافه بالشرط الصريح .

وهذه القاعدة ـ كما رأينا ـ تقضي بدخول ما هو معروف بين الناس في العقد كأنه قد شرط لفظاً ، ومن هنا فيمكن اعتبار ما ذكر في السؤال داخلاً في العقد وبمثابة الشرط ، ولكن بشرط أن يكون ذلك معروفاً لدى الناس ومعتاداً ، وبالتالي فيكون من حق صاحب الصك مطالبة المصدر بشراء الصكوك إذا قلنا بما ذكر على الرغم من أن هذا الدخول محل نظر[3] .

وهنا وفي ضوء هذه الفرضية بالدخول فهل يكون ذلك الشرط مقبولاً في البيع ؟

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة، حيث ذهب الجمهور إلى أن هذا الشرط باطل؛ لأنه ينافي مقتضى عقد البيع القاضي بحق المشتري في التصرف المطلق، وهل يفسد به البيع ؟ فيه رأيان :

الرأي الأول: أن البيع صحيح وهذا هو رأي بعض الفقهاء ، وهو المنصوص عليه عند أحمد مستنداً على حديث بريرة المعروف الذي أبطل فيه النبي صلى الله عليه وسلم الشرط وصحح البيع[4] .

والرأي الثاني: أن البيع أيضاً باطل، وهذا رأي جمهور الفقهاء[5] .

وفي نظري أن ما ذكر هنا خاص بإدخال الشرط في العقد ، أما ما تعارف عليه المشتري فلا يدخل فيه من حيث الحكم ، بالإضافة فإن ما ذكرته هنا في البيع ، في حين أن ما ذكر في الصكوك هو في عقد المشاركة ، أو المضاربة ، أو نحوهما ، وبالتالي فلا يأخذ الحكم نفسه .

---

(1) شرح الأتاسي على المحلية (1/ 100)

(2) الأستاذ الزرقا : عقد البيع ص 65

(3) الأستاذ الزرقا : المدخل الفقهي العام (1/ 478 – 479) والدكتور علي أحمد الندوي : موسوعة القواعد والضوابط الفقهية ، نشر الراجحي ، والمستثمر الدولي (192/1)

(4) حديث بريرة رواه البخاري في صحيحه ـ مع الفتح ـ (376/4) ومسلم (1145/3)

(5) يراجع : المغني لابن قدامة (287/4) والشرح بهامش المغني (54/4) وكشاف القناع (194/3) ويراجع لمزيد من التفصيل : الموسوعة الفقهية الكويتية (258/9) مصطلح " بيع "

وإنما المسألة تدخل ضمن الضمان الضمني، وهذا هو محل بحث ونقاش.

والخلاصة أن إدخال ما ذكر في السؤال المطروح في قاعدة (أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) محل نظر ؛ وذلك لأن هذه واقعة عملية ، حيث كما جاء في السؤال : (لكن حقيقة الحال أن مالك الصك لا يستطيع بيعها إلى غير المصدر) .

جـ - أما ما أثير في السؤال (أ) أيضاً من: (...أن مالك الصك لا يستطيع حضور الجمعية العمومية للشركة إذا كانت الأصول أسهماً ...) فلا يؤثر من الناحية الفقهية في جواز ، أو صحة العملية ما دامت الأركان والشروط والضوابط متوافرة ، وذلك لأنه داخل في التنازل عن الأمور الإدارية التي يجوز للشريك المساهم أن يتنازل عنها في شركة العنان التي أجيزت وبنيت على أصولها فكرة الشركات المساهمة ، ولذلك أجاز مجمع الفقه الإسلامي امتياز الأسهم بالجوانب الإدارية دون الامتياز المالي ، حيث نص قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، قرار رقم (63(7/1) على أنه : (لا يجوز إصدار أسهم ممتازة لها خصائص مالية تؤدي إلى ضمان رأس المال أو ضمان قدر من الربح ، أو تقديمها عند التصفية ، أو عند توزيع الأرباح .
ويجوز إعطاء بعض الأسهم خصائص تتعلق بالأمور الإجرائية ، أو الإدارية)1 .

المسألة الثانية: النص على التزام البائع بإعادة الشراء بثمن الشراء الأول (القيمة الاسمية) في أي وقت يعجز فيه عن دفع التوزيع الدوري لحملة الصكوك.

للإجابة على هذا نحتاج إلى تفصيل في المحتوى :
1- يحتمل لفظ (الالتزام) الوارد في السؤال ما يأتي:

إذا تم الالتزام عن طريق عقد على المستقبل فلا يجوز إلاّ إذا توافرت فيه شروط البيع إذا كان المبيع معيناً ، وشروط السلم وضوابطه إذا كان المبيع موصوفاً في الذمة .
(ب) إذا تم عن طريق المواعدة فإنها غير ملزمة بالاتفاق ، كما صدر بذلك قرار من مجمع الفقه الإسلامي ، قرار قم (40-41 (5/2 و5/3) حيث نص على : (المواعدة : وهي التي تصدر من الطرفين – تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين، كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز، لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه

(1) يراجع : مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي : ع7 ج1 ص 73 . و ع6 ج2 ص 1273 . و ع9 ج2 ص 5

البيع نفسه، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكاً للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الإنسان ما ليس عنده)1 .

كما نص قرار رقم (107 (12/1) من قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي على أن الالتزام إذا كان مبنياً على المواعدة الملزمة للطرفين فإنها غير جائزة لأنه تشبه العقد نفسه ، فيكون البيع هنا من بيع الكالئ بالكالئ)2 .

(ج) أما إذا كان عن طريق الوعد الملزم بالقيمة الاسمية فإنما يجوز ذلك إذا كان العقد في غير دائرة الاستثمارات ، حيث لا يجوز الوعد الملزم من المضارب ، أو الشريك ، أو الوكيل المدير ، لأن ذلك يؤدي إلى ضمانهم وهم أمناء وإلى ضمان رأس المال وهذا غير جائز ـ كما سبق ذكر ذلك في القرارات والمعيار الشرعي الخاص بالصكوك ، وملحقه ـ ولكن يجوز الوعد الملزم من طرف ثالث في الحالات السابقة أيضاً .

وكذلك يجوز الوعد الملزم بأي ثمن محدد في الشراء الأخير في الإجارة المنتهية بالتمليك وفي شركة الملك ، ونحوهما .

2- إن إعادة الشراء يشترط فيها أن لا تؤدي إلى بيع العينة ، وذلك بأن يكون الشراء في المرة الثانية لشخص ثالث ، أو أن يكون بعد فترة يقطع فيها الأمر بعدم الربط بين العقدين ، أي لا يكون المراد به التحايل للوصول إلى الربا أو العينة .

3- قلنا إن الالتزام بالقيمة الاسمية في عقود المشاركات والأمانة غير جائز إلاّ من خلال الوعد الملزم من طرف ثالث .... ـ كما سبق ـ أما الالتزام من خلال وعد ملزم بشراء الصكوك بالقيمة المتفق عليها في وقت الشراء أو بالقيمة السوقية فهذا جائز ، لأنه لا يؤدي إلى ضمان رأس المال .

4- أما ما اشتهر في ماليزيا وغيرها من النص على الوعد الملزم بشراء الصكوك من خلال معادلة تؤدي إلى القيمة الاسمية بالضبط فتطبق عليه أحكام الوعد بالقيمة الاسمية ، حسبما ذكرناه ، ؛ لأن الأحكام الشرعية لا تتغير بتغيير الاسم المجرد ، فالعبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني3 .

وقد نص البند (7/8/1/5) من المعيار الشرعي ذي الرقم (17) على : (أن لا تشتمل النشرة على أي نص يضمن به مصدر الصك لمالكه قيمة الصك الاسمية في غير حالات التعدي أو التقصير، ولا قدراً معيناً من الربح، لكن يجوز أن يتبرع بالضمان طرف ثالث

(1) يراجع : مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي : ع5 ج2 ص 754 و 965

(2) يراجع : مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي : ع12 ج2 ص 391

(3) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 45

مستقل، مع مراعاة ما جاء في المعيار الشرعي رقم (5) بشأن الضمانات البند 6/7 . كما يجوز أن يقدم مصدر الصك لمالكه بعض الضمانات العينية أو الشخصية لضمان مسؤوليته في حالات تعديه أو تقصيره، مع مراعاة البند 3/4/1/3 من المعيار الشرعي رقم (12) بشأن الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة والعقود الواردة فيه) .

المسألة الثالثة: النص على التزام حملة الصكوك بأن يبيعوا الأصول لبائعها الأول فقط بثمن محدد مسبقاً يساوي ثمن الشراء الأول.

وما ذكر في هذه المسألة لا يختلف حكمها عما ذكرناه آنفاً في المسألة الثانية ، حيث يطبق عليه القواعد السابقة من أن يتم الشراء بشكل بعيد عن بيع العينة ، ومن تطبيق قواعد الوعد ، والمواعدة التي ذكرناها في فقرة (ب) .

المسألة الرابعة: اشتراط مصدر الصكوك بقاء الأصول مسجلة باسمه ومدرجة في ميزانيته (Balance Sheet) على اعتبار أنها سترجع إليه بعد عدد من السنوات ، وهل يختلف الحكم باختلاف الأصول (عقارات ، معدات ، أسهم) .

هذه المسألة أيضاً تحتاج إلى تفصيل :

1- إن هذا الاشتراط يتنافي مع مقتضى عقد البيع القاضي بنقل الملكية ، وبالتالي فيكون شرطاً باطلاً [1]، وقد نص البند (3/8/1/5) من المعيار الشرعي ذي الرقم (17) ضمن الشروط العامة لصحة الصكوك : (...... أن لا يتضمن العقد شرطاً يتنافى مع مقتضاه ، أو يخالف أحكامه).

وهل يبطل العقد نفسه ببطلان هذا الشرط ؟

جمهور الفقهاء على بطلان عقود المعاوضات المالية بالشرط المنافي لمقتضى العقد ، حيث يقول ابن عابدين : (ضابط فساد البيع بشرط أنه كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، وفيه منفعة لأحد العاقدين ، أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق ولم يجر به عرف ، ولم يرد الشرع بجوازه ....)[2] .

والمالكية في أحد القولين لا يختلفون في هذه المسألة عن الحنفية حتى في تكرار بعض الأمثلة ، حيث ضربوا للشرط المخالف لمقتضى العقد أن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع العين المبيعة ، أو أن يشترط ما يؤدي إلى التحجير على المشتري .

(1) يراجع لمزيد من التفصيل والتأصيل : مبدأ الرضا في العقود (2/ 1164 – 1216) ومصادره ومراجعه المعتمدة
(2) نشر العرف (2/ 141) ويراجع : الهداية مع فتح القدير (215/5) والبحر الرائق (93/6)

ولكنهم في القول الثاني : إنه يفسخ البيع ما دام البائع متمسكاً بشرطه ، فإن ترك الشرط صح البيع[1] .

والشافعية على المشهور الراجح قالوا بإبطال البيع بالشرط المخالف لمقتضاه ، وذكر إمام الحرمين ، والرافعي قولاً (وصفه النووي بأنه ضعيف)[2] حكاه أبو ثور عن الشافعي مؤداه : عدم فساد البيع بالشروط الفاسدة مطلقاً ، بل يلغو الشرط ويصح البيع[3] لقصة بريرة رضي الله عنها حيث اشترط المشتري أن يكون الولاء لغير معتقها[4] وهذا هو رأي الحنابلة في رواية صحيحة في المذهب ، حيث قال القاضي : (المنصوص عن الإمام أحمد : أن البيع صحيح) والرواية الثانية : أن البيع باطل أيضاً ، وقد اختارها القاضي وأصحابه ، وصححه في الخلاصة)[5]

والذي يظهر لي رجحانه هو رأي الجمهور القاضي ببطلان البيع أيضاً، وبخاصة في عصرنا الحاضر الذي لا يمكن إبطال الشرط دون العقد حسب القوانين الحاكمة في معظم البلاد الإسلامية ، وبالتالي فإن الشرط تلزم به القوانين العاقد ، فلا يكون له مفرّ من تنفيذه ، بالإضافة إلى أن في قبول هذا الشرط إثماً على العاقدين حتى عند القائلين ببطلان الشرط وحده دون البيع[6] .

2- إن تنفيذ هذا الشرط تترتب عليه آثار خطيرة منها :

أ – مخاطر قانونية تكمن في أن القوانين السائدة لا تعترف بملكية أحد لبعض الأصول إلاّ إذا سجلت رسمياً له وذلك مثل العقارات ، والأسهم ، ونحوهما ، وقد اشترط البيان المعتمد من المجلس الشرعي حول الصكوك أن تكون ملكية موجودات الصكوك باسم حملة الصكوك وأن يكون انتقالها إليهم ممكناً من الناحية القانونية أيضاً .

ولذلك اشترط المعيار المحاسبي الخاص بالاستثمارات ذو الرقم (17) في البند 10/3 ، على : ضرورة الفصل بين ما يخص أصحاب حقوق الملكية ، وما يخص أصحاب حسابات الاستثمار المطلقة .

---

(1) فتح العلي المالك (338/1)
(2) المجموع (364/9 – 369)
(3) فتح العزيز (211/8)
(4) وهي قصة صحيحة رواها البخاري في صحيحه مع الفتح (187/5) ومسلم (1241/2) وغيرهما
(5) الإنصاف (327-356/4) وزاد المستقنع مع حاشية الروض المربع (392/4)
(6) يراجع : المصادر السابقة

ب – إن هذه العملية تجعل عملية نقل الملكية عملية صورية وشكلية ، قد ظهرت فيها النية المبيتة على جعل هذه العقود مجرد شكل للوصول إلى الإقراض بفائدة .

ج- إن ذلك لو تم فلا تبقى فروق جوهرية بين السندات والصكوك ، وذلك لأن الفرق الجوهري البارز هو أن الصكوك تمثل موجودات من الأعيان والمنافع في حين أن السندات تمثل الديون والالتزام ، فلو تم ذلك الاشتراط لم يعد هناك فرق جوهري بينهما ولا سيما من الناحية القانونية التي هي الحاكم والمرجع في عصرنا الحاضر .

د- إن هذا الاشتراط من قبل مصدر الصكوك يجعل العقد في نظري قريباً من بيع الوفاء الذي قال ببطلانه جماهير الفقهاء ، وصدر بذلك قرار من مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، قرار قم (66 (7/4) حيث نص على أن المجلس : (إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7-12 ذي القعدة 1412 الموافق 9 – 14 أيار (مايو) 1992م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع بيع الوفاء، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حول بيع الوفاء، وحقيقته: "بيع المال بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع" ، قرر ما يلي:

أولاً: إن حقيقة هذا البيع (قرض جر نفعاً)، فهو تحايل على الربا، وبعدم صحته قال جمهور العلماء.

ثانياً: إن هذا العقد غير جائز شرعاً)1 .

وحول مدى اختلاف الحكم السابق باختلاف الأصول (عقار ، معدات ، أسهم) :

فمما لاشك فيه أن الأصول إذا اشترط فيها القانون لنقل الملكية التسجيل فإن العملية تكون أخطر ـ كما سبق ـ وتكون متعارضة مع بيان المجلس الشرعي ، ولكن يبقى الأصل العام هو أن تسجل الأصول كلها باسم حملة الصكوك ، أو من يمثلهم ـ كما سبق ـ .

المسألة الخامسة: ما حكم ما يسمى بالملكية النفعية (Beneficial Ownership) وهل هي مقبولة في كل جنس من الأصول حتى الأسهم .

فللإجابة عن ذلك نقول :

إن الملكية النفعية (أو الحكمية) هي ملكية التحكم والتصرف والانتفاع، وهي تقابل الملكية القانونية التي يراد بها الملكية الحقيقية من خلال الوثائق القانونية2 .

(1) يراجع مجلة المجمع ع7 ج3 ص9

(2) المعجم القانوني للأستاذ حارث الفاروقي (79/1) مصطلح (ملكية نفعية) ويراجع الموقع الرسمي للدكتور حسين حامد ، والدكتور أحمد حجي الكردي : فتواه على شبكة الفتاوى الشرعية .

ولا يكتفي نقل الملكية النفعية مع بقاء الملكية الحقيقية مع البائع ، كأن يبقي المصدر (البائع) ملكيته للأسهم، وينقل إلى حملة الصكوك أرباحها الدورية (dividends) أو يبقى المصدر ملكية أصل مؤجر ، وينقل لحملة الصكوك حق الحصول على الأجرة1 ؛ وذلك لأن الملكية المعتبرة في باب البيع هو نقل الرقبة والمنفعة بها إلى المشتري، وإلاّ فلم يكن ذلك بيعاً 2، وبالتالي فيشترط في الصكوك الشرعية أن يتم هذا النقل بصورة شرعية وقانونية .

هذا آخر ما توصلت إليه شاكراً وحامداً لله تعالى على نعمائه، ومصلياً على الحبيب المصطفى سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

كتبه الفقير إلى ربه
علي محيى الدين القره داغي

---

(1)الموقع الرسمي للدكتور حسين حامد

(2) يراجع لتفصيل ذلك: الحقيبة الاقتصادية للأستاذ الدكتور علي محيى الدين القره داغي ط. دار البشائر الإسلامية – بيروت . الجزء الرابع الخاص بالملكية وأنواعها .

التعهدات
الصادرة من مصدر الصكوك لحامليها

إعداد

د. عبد الســتار بن عبد الكريم أبو غدة

رئيس الهيئة الشرعية لمجموعة دلة البركة

عضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي



الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

وبعد،، فهذا بحث موجز بشأن جوانب لم يتم بحثها في الندوات المتعددة التي تناولت موضوع الصكوك، وهذه الجوانب جديرة بأن تستكمل مجال التعهدات والضمان وهو المميز الأساسي بين السندات والصكوك للحفاظ على طبيعتها بأنها استثمار قائم على أساس الغنم والغرم .

والله الموفق،،،،

الوعد الملزم من المصدر بالشراء وغير الملزم للموعود

يبدو أن المراد بالمصدر (المتكرر في خطة البحث) هو من يصدر الصكوك ويقوم بإدارتها، فهو مصدر ومدير، لأن الصفة المؤثرة هي الإدارة سواء كانت وحدها، أو مع تنظيم الإصدار،أما أو لو اقتصر دوره على الإصدار ولم يكن مديراً للصكوك فلا إشكال فيه وليس محلا للبحث .

والوعد الملزم هو ما يتعهد فيه الواعد بالوفاء به و يلتزم بفعل مقتضى الوعد في المستقبل أي يكون ملزماً قضاءً .

ووعد المدير بالشراء ملزم لأنه يقع شرطاً في عقد لازم وهو عقد الإدارة بأجر والشرط في عقد لازم يجب الوفاء به ديانة وقضاء عند الحنفية وصاغوا بشأن ذلك قاعدة كلية، وهي " المواعيد لا يتعلق بها اللزوم إلا أن تكون شرطاً في عقد لازم"(1) .

وهناك أساس آخر للزوم العقد وهو ان الواعد أدخل الموعود في أمر لم يكن ليدخل فيه لولا الوعد، وهو الاكتتاب بالصكوك، فإن حملتها ركنوا إلى وعد المدير بشراء أصول الصكوك عند انتهاء أجلها، أو في الحالات التي ينص عليها مثل احتمال الخسارة هذا ، من حيث لزوم الوعد .

وبما أن المستفيد من الوعد (أو الموعود) غير ملزم بالبيع فيكون هذا التصرف وعداً من طرف واحد، فلم يقع محذور المواعدة الملزمة للطرفين التي تشبه العقد أي تشبه العقد المضاف للمستقبل، وكلا الأمرين ممنوع وهما المواعدة الملزمة، والبيع المضاف وتثور هنا مسألة المقابل عن الوعد المقدم من المدير وهو محل جدل بين الفقهاء المعاصرين، وأكثرهم يمنع ذلك، ويجعله شبيها بالاختيار (Option) الذي صدر بتأكيد منعه قرار المجمع، لأن المبلغ يدفع نظير إدارة ومشيئة وليس مقابل مال، ولا هو جزء من الثمن كالعربون . كما منعت ذلك المعايير الشرعية(2) .

وهذه المسألة ليست مطروحة للبحث .

---

(1) المبسوط للسرخسي 134/30 وينظر بحث الوعد والمواعدة ، د. نزيه حماد (غير منشور) .

(2) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 62(6/13) والمعيار الشرعي رقم (20) البيوع الدولية بند 2/5 .

وقد صدر بشأن جواز الوعد الملزم من طرف واحد قرار لمجمع الفقه الإسلامي الدولي(1) بشأن الوعد والمواعدة كما نصت على ذلك المعايير الشرعية(2) في أكثر من موطن .

(1) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 40(5/2) .

(2) المعيار (8) البند 3/2 والمعيار (9) البند 2 والمعيار (34) البند 3 .

إصدار المصدر وعدا بالشراء
مع وعد من حامل الصك بالبيع مع اختلاف مورد الوعدين

الوعدان الملزمان الصادر كل واحد منهما من طرف لصالح الطرف الآخر المستفيد من الوعد (الموعود) دون أن يكون الموعود ملزما بقبول ما يصدر من الواعد من إيجاب لتنفيذ الوعد هما في الواقع وعدان منفصلان تم جمعهما في عملية واحدة .

صحيح أن هناك شبه ارتباط بين الوعدين من حيث الموضوع، وهو هنا عملية الصكوك، بل هناك ارتباط أحيانا من حيث المحل الذي يقع عليه الوعدان لكن هنا لا يرقي إلى ارتباط تام مثل ارتباط الإيجاب بالقبول، والخيار قائم للموعود في كلا الوعدين، مثال ذلك في الإجارة :

إصدار وعد من المؤجر ببيع العين المؤجرة إلى المستأجر في حالة سداده جميع التزامات الإجارة، وإصدار وعد من المستأجر بشراء العين المؤجرة في حالة إخفاقه في أداء أقساط الإجارة، فالمحل هنا واحد وهو العين المؤجرة لكن هناك اختلافاً بينا في مورد كل من هذين الوعدين وهذه الصورة شاع ذكرها في اتفاقيات الإجارة المنتهية بالتمليك تحت مرأى ومسمع الهيئات الشرعية .

التنضيض الحكمي
من المصدر باعتباره شراء بالقيمة الصافية للأصول في صكوك المضاربة

التنضيض – بوجه عام تصيير المتاع نقداً و تصيير الدين مقبوضا، وهو حقيقي بالبيع وقبض الدين وحكمي بالتقويم للسلع، وإثبات الدين بما يتوقع تحصيله بإسقاط القدر المشكوك فيه فالتنضيض الحكمي هو التقويم للأصول بالقيمة العادلة .

والقيمة العادلة (Fair Value) هي حسب معايير المحاسبة الصادرة عن (أوفي) : القيمة الناتجة عن مبادلة موجودات، أو تسديد التزام، إذا تم أي منهما بين أطراف مطلعة وراغبة في التعامل وبنفس شروط التعامل مع الغير، وجاء في التوضيح المطول هذا التعريف العبارات المقتطفة التالية :

عندما تدرج الأداة المالية في سوق نشطة يتمتع بالسيولة فإن سعر السوق المعلن يوفر أفضل دليل لقيمتها العادلة.. أو السعر المعتمد لأحدث معاملة .. بشرط عدم حدوث تغيرات جوهرية(1) .. وعند عدم توفر الأسعار السوقية المعلنة تستخدم أساليب التقويم لتحديد القيمة العادلة بقدر كاف من الموثوقية .. مثل الاسترشاد بالقيمة السوقية الجارية لأداة مالية أخرى مشابهة مع أخذ تكاليف الاستبدال بالاعتبار وعند تعذر التوصل لقيمة عادلة واحدة يصار الى متوسط القيمة التي يعتقد أنه يمثل القيمة العادلة(2) .

كما جاء أسس أحكام معيار الاستثمارات : إعادة تقويم الاستثمارات في الصكوك المتاحة للبيع، وإثبات أي تعديل ينتج من إعادة التقويم في بند احتياطي (القيمة العادلة) للاستثمارات(3) .

وفي أسس أحكام معيار المضاربة: لم يؤخذ بالقيمة التاريخية وأخذ بتقويم الأعيان لأمرين : أولهما استخدام قيمة تقويم العين يحقق أهداف المحاسبة والثاني يؤدي لتطبيق مفهوم الإظهار العادل(4) .

وإذا تبين ان التنضيض الحكمي هو التقويم فإن التقويم ليس شراء ولا بيعاً، كما يشير عنوان المسألة في خطة البحث ويظهر ذلك جليا من استخدامات التقويم، فهو يطبق

---

(1) الزاهر . للازهرى 158 والمغرب للمطرزى 309/2 وتحرير ألفاظ التنبيه للنووى 112 .
(2) معايير المحاسبة (أيوفي) المعيار (17) بشأن الاستثمارات ملحق التعريفات صفحة 569 ط /2008م .
(3) المرجع السابق صفحة 567 .
(4) المرجع السابق صفحة 191 .

في الزكاة، ويطبق في حال تقديم رأس مال المضاربة عروضاً(1) وفي توزيع الربح قبل بيع جميع الموجودات ... الخ

فالتنضيض الحكمي أو التقويم يستخدم للحالة التي لا تباع فيها العروض، بل تحسب قيمتها(2) .

إن اعتماد التنضيض الحكمي متبع في التطبيق العملي لدى المؤسسات المالية الإسلامية بعد ان ضم إليه مبدأ آخر هو (المبارأة) وهو المبدأ المراعى في عمليات (التخارج) بين من (يبيع) حصته في وعاء استثماري ، ومن (يشتري) تلك الحصة إذ يدخلان في العملية على أساس ان ما يحصل عليه أحد الطرفين من بدل عن حصته في الاستثمار هو الاستحقاق النهائي ، وان كلا منهما ابرأ صاحبه مما عسى ان يكون هناك من زيادة أو نقص(3) .

وجدير بالتذكير ان التنضيض الحكمي (التقويم) ليس له علاقة بالتخارج (وفي حكمه شراء الأصول لإطفاء الصكوك) في حسابات الاستثمار والشركات والصناديق والصكوك، وإنما هو مجرد مؤشر لمساعدة المشتري والبائع وتعريفهما بقيمة ما يتبادلانه ، حتى لا يقع أحدهما في غبن فاحش ، مع ان الغبن الذي لا يقارنه تغرير أو تدليس لا أثر له ، وفي الحديث " لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض "(4) وبعبارة عصرية فإن التخارج يخضع للعرض والطلب ولرغبات المتعاملين ، ولا يشترط أن يتم بثمن المثل أو بالقيمة التي يكشف عنها التنضيض الحكمي(5) .

وعليه فإن تعهد المدير بشراء أصول الصكوك بالقيمة العادلة، من خلال التنضيض الحكمي (التقويم) بمراعاة تعريف القيمة العادلة السابق بيانه وتوضيحه لا مانع منه .

لكن لا يكفي مجرد التنضيض الحكمي لانتقال ملكية أصول الصكوك إلى المدير ، بل لا بد من عقد بيع وشراء ناقل للملكية ، لأن الأملاك لا تنتقل تلقائيا بل لا بد لها من العقود، ولا يغني التراضي وحده كما قال إمام الحرمين " لو تراضي الملاك على تعدي الحدود في العقد لم يصح منهم مع التواطؤ والتراضي "(6) .

---

(1) المغني لابن قدامة 56/5 ط الإمام .

(2) بحث التنضيض المقدم في دورة المجمع الفقهي الإسلامي للرابطة، د. عبد الستار أبو غدة والمنشور لاحقا في بحوث المعاملات المصرفية 51/3 .

(3) المرجع السابق 66/3 .

(4) أخرجه مسلم في صحيحه .

(5) بحث القراض أو المضاربة المشتركة (المقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي والمنشور في بحوث في المعاملات) د. عبد الستار أبو غدة 102/3 .

(6) الفصول القواطع لإمام الحرمين 100 وهو قطعه من كتابه " الغيائي " .

تعهد المصدر بشراء الأصول بالقيمة الاسمية حال العجز عن الدفعات الدورية باعتباره يسهل التصنيف الائتماني للصكوك

إن تعهد المصدر المدير بشراء الأصول بالقيمة الاسمية ممنوع لأنه يؤدي إلى ضمان الصكوك في حالة هبوط قيمة الأصول ولو لم يلحقها نقص مادي أو تلف ، حيث يكون هذا التعهد ذريعة إلى ضمان الصكوك وقد تأكد المنع بقرارات المجامع والمعايير الشرعية إن العجز عن الدفعات الدورية يمكن أن يعالج بوسائل أخرى من وسائل تحصيل السيولة ثم حتى لو لم تنتظم الدفعات فإن على حملة الصكوك الانتظار، لأن المدير ليس مديناً، وشح التدفقات النقدية هو عارض من طبيعة السوق أو نحوها من العوامل الخارجية ، وإذا كان على حامل الصك تحمل الخسارة لو وقعت بشكل طبيعي دون تعد أو تقصير فمن باب أولي أن يتحمل شح السيولة .

إن تصنيف الصكوك لا يتأثر جودة أو رداءة بعامل واحد مثل العجز عن الدفعات، بل لذلك عوامل عديدة إيجابية أو سلبية .

إن التصنيف يتأثر بالجهة المديرة وبالدولة أحيانا وبجودة الأصول وصيانتها..الخ

ثم على المدير تكوين احتياطي معدل الأرباح ليسعفه حين حدوث ما يؤدي لتأخر الدفعات الدورية، كما أن عليه اختيار فترات يتوقع فيها تمكنه من الدفع .

أما مثال ذلك في الصكوك فهو أيضاً إصدار وعد من المدير بشراء أصول الصكوك إذا بدأت قيمتها السوقية بالهبوط عن القيمة الاسمية، ويكون الشراء بالقيمة السوقية – تجنباً للتعهد بالشراء بالقيمة الاسمية الممنوع، فيكون هذا الوعد نافعاً لحملة الصكوك لتفادي استمرار هبوط قيمة الأصول وتفاقم الخسارة . وبالمقابل هناك - دون ربط – وعد من ممثل حملة الصكوك ببيع أصولها إلى المدير إذا بدأت قيمتها في الزيادة عن القيمة الاسمية لها فيكون هذا الوعد نافعاً للمدير لتفادي إطفائه الصكوك بأكثر من القيمة الاسمية عند انتهاء مدتها لأنها أصوله سابقاً وله مصلحة في استردادها.

فينطبق على هذه الحالة أن الوعدين – رغم وحدة المحل وهو أصول الصكوك- اختلف موردهما، فالوعد من المدير هو في حالة الخوف من هبوط قيمة الأصول والوعد من ممثل حملة الصكوك هو في حالة الخوف من زيادة قيمة الأصول.

ولا يبدو في هذين الوعدين محذور إذا تم تجنب التعهد بالشراء من مدير الصكوك بالقيمة الاسمية .

تعهدات مدراء الصكوك لحامليها

إعــداد

الدكتور/ موســى آدم عيســى

رئيس دائرة الالتزام الشرعي

البنـك الأهلـي التجـاري



الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .. وبعد

فهذا بحث حول تعهدات مدراء الصكوك لحامليها ، جرى إعداده بناءً على تكليف من القائمين على ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الرابعة ، وأصل هذا البحث قد تم تقديمه في ندوة البركة الحادية والثلاثين للاقتصاد الإسلامي وقد أدخلنا عليه بعض التعديلات دون أن نغير في جوهره الذي رأينا انه وافٍ بغرض الندوة .

سائلاً المولى العلي القدير التوفيق والسداد ،،،

الباحث

أولاً : التعريف بأهم مفردات البحث

1- العهد والتعهد في اللغة والشرع :

كلمة تعهد من العهد، والعهد في اللغة يأتي بمعانٍ كثيرة منها، الحفظ جاء في معجم مقاييس اللغة لابن فارس " العين والهاء والدال أصل هذا الباب عندنا دال على معنى واحد قد أومأ إليه الخليل، قال أصله الاحتفاظ بالشيء وإحداث العهد به"1.

ويأتي العهد بمعنى الأمان، واليمين، والموثق والوصية2 ويأتي العهد بمعنى الشرط، جاء في القاموس المحيط " واستعهد من صاحبه: اشترط عليه ، وكتب عليه عهدة3 " قال ابن منظور في لسان العرب لأن الشرط عهد في الحقيقة.4

ومن معاني الكلمة الالتزام، فإذا قلنا وقع فلان تعهداً بدينه، أي التزاماً. والفرق بين العهد والوعد، أن العهد التزام مؤكد أمام الآخرين، أما الوعد فإما أن يكون ملزماً فهو بمثابة العهد أو غير ملزم، فهو من قبيل الالتزام الأدبي. ونقل الدكتور/ نزيه حماد في كتابه معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء عن أبي هلال العسكري قوله " إن العهد ما كان من الوعد مقروناً بشرط، نحو قولك: إن فعلت كذا فعلتُ كذا، وما دمت على ذلك فأنا عليه، والعهد يقتضي الوفاء، والوعد يقتضي الإنجاز، يقال: نقض العهد وأخلف الوعد"5

والعقود والشروط مترادفات، ويلزم الوفاء بهما. دل على ذلك مجموعة من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة. ومن ذلك قوله تعالى "والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون " [المؤمنون :8] . وقوله تعالى " وبعهد الله أوفوا ذلكم وصاكم به لعلكم تذكرون " [الأنعام : 152].

يقول ابن تيمية في القواعد النورانية " فقد أمر سبحانه بالوفاء بالعقود، وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه6 ".

ويقول ابن القيم: "فالشرط الجائز بمنزلة العقد، بل هو عقد وعهد7". ويقول أيضا " .... وهاهنا قضيتان كليتان من قضايا الشرع الذي بعث به رسوله، إحداهما: أن كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه هو باطل كائناً ما كان ، والثانية: أن كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه - وهو ما يجوز تركه وفعله بدون الشرط - فهو لازم بالشرط ولا يستثنى من هاتين القضيتين شيء ،وقد دل عليها كتاب الله وسنة رسوله ،واتفاق الصحابة، ولا تعبأ

---

(1) معجم مقاييس اللغة، لأبن فارس، مادة عهد

(2) الصحاح، مادة عهد

(3) القاموس المحيط، مادة عهد

(4) لسان العرب، مادة عهد

(5) معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء للدكتور نزيه حماد – الدار العالمية للكتاب الإسلامي 1995م، مادة عهد

(6) القواعد النورانية الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية ، تخريج نشأت المصري، ومراجعة مصطفى العدوي، الرياض مكتبة الرشد طبعة أولى عام 2001 (452/2)

(7) إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية " (3/3)

بالنقض بالمسائل المذهبية والأقوال الآرائية فإنها لا تهدم قاعدة من قواعد الشرع، فالشروط في حق المكلفين كالنذر في حقوق رب العالمين "1

ونخلص مما تقدم إلى أن تعهدات الأمناء هي من جنس الشروط الواجب الالتزام بها، وأنها من جنس الشروط التي تلحق بالعقود فتؤثر فيها صحة وبطلاناً.

2- الأمناء في الشرع:

مدراء الصكوك في الأصل هم من فصيلة الأمناء ،والأمناء في الشريعة هم من يحوزون المال بإذن مالكه، وهم ينقسمون إلى عدة طوائف:

1- من يحوزون مال الغير لمصلحة تعود لمالك المال وحده، مثل الوديع والوكيل والأجير الخاص والولي والوصي وناظر الوقف وبيت المال. وليس من قصد هذه الفئة من الأمناء استثمار المال وتنميته.

2- من يحوزون المال لمصلحة تعود لهم وحدهم، نحو المستأجر والمستعير والمرتهن.

3- من يحوزون مال الغير بقصد تنميته وتحقيق مصلحة مشتركة بين مالك المال والأمين عليه، مثل المضارب والشريك والمساقي2.

تعهدات مدراء الصكوك:

قضت السنة أن يد الأمناء على المال الذي تحت حوزتهم هي يد أمانة وليست يد ضمان، أي ليس عليهم التزام بجبر الضرر الناشئ عن هلاك المال أو خسارته إلا في حالة التعدي والتقصير ومخالفة شروط العقد.

ويعتبر مدراء الصكوك هم من قبيل الأمناء وتنطبق عليهم التعهدات الصادرة من الأمناء والتي هي بمثابة الشروط العقدية وفق ما اتفق عليه جمهور فقهاء المسلمين.

وتتفرع تعهدات مدراء الصكوك إلى عدة أنواع منها ما يلي:

1- تعهد مدير الصكوك بشراء الأصول التي تحت إدارته بموجب عقد الأمانة.

2- تعهد مدير الصكوك بإقراض من استأمنه

3- تعهد مدير الصكوك بكفالة مديونيات من يتعامل معهم

وسنتناول هذه القضايا تباعا فيما يلي:

---

(1) المرجع السابق(24/3)

(2) انظر مواهب الجليل 455/7-456 وانظر انتقال عبء الإثبات في دعوى التعدي والتفريط الى الأمين للدكتور حسين حامد حسان . بحث مقدم الى المؤتمر الفقهي الثالث للمؤسسات المالية الإسلامية بالكويت ص6

ثانياً:تعهد مدير الصكوك بالشراء/الاسترداد

عقود ونشرات المنتجات الاستثمارية تتضمن في أغلب الأحيان مادة يتعهد مدير الاستثمار بموجبها بإعادة شراء الأصول وفق قيمة قد تكون محددة أو غير محددة، وفي الحالات التي لا يكون هناك سوق مالي يمكن تداول الوحدات الاستثمارية فيه تقوم الجهة المصدرة للورقة المالية الإسلامية بالتعهد بإعادة شراء الوحدة. وبذلك يكون للوحدة الاستثمارية ميزة تتمثل في إمكانية تسييلها خلال فترة زمنية وجيزة ودونما خسائر كبيرة. ويأتي عادة هذا التعهد في فقرة الضمان، وقد يكون هذا التعهد من قبل الجهة المصدرة نفسها أو من قبل طرف ثالث مستقل، فنجد مثالاً للحالة الأولى في نشرات الصناديق الاستثمارية، حيث يتعهد مدير صندوق باسترداد الوحدات من المكتتبين فيها في أيام محددة من أيام الأسبوع، ونجد هذا التعهد منصوصاً في نشرات الصناديق الإسلامية المفتوحة (OPEN ENDED FUNDS) التي تصدرها سائر المؤسسات المالية، وكذلك معظم الصكوك الإسلامية القائمة.ومن الأمثلة على ذلك الصكوك التي أصدرتها مملكة البحرين، حيث تم النص فيها على الآتي:" تضمن حكومة دولة البحرين هذه الصكوك ضماناً مباشراً وغير مشروط وذلك بتعهدها بإعادة شراء الأصول المؤجرة عند تاريخ نهاية الإصدار بالقيمة الأصلية لهذه الأصول.." كما نجد مثالا للصورة الثانية في الصكوك التي أصدرتها المملكة الأردنية الهاشمية. وكذلك الصكوك التي أصدرها البنك الإسلامي للتنمية.

والتعهد بالشراء في جميع الأحوال يتطلب باستمرار من الجهة الملتزمة بالتعهد توفير سيولة نقدية حتى تكون قادرة عند تواريخ إعادة الشراء على الوفاء بطلبات الراغبين في ذلك، حيث إن عجزها عن الوفاء لطلبات الراغبين في البيع من شانه أن تكون له آثار سيئة على سمعة تلك المؤسسة، فالوفاء لطلبات الراغبين في البيع /الاسترداد يعد احد مؤشرات قدرة المؤسسة المالية المصدرة للوحدة الاستثمارية للوفاء بتعهداتها وكذلك قدرتها على حسن الإدارة.

غاية التعهد بالشراء:

يمكن بصورة عامة تحديد الأهداف من التعهد بالشراء في الجوانب التالية:

1 - إعطاء ميزة للوحدة الاستثمارية بإمكانية تسييلها في أوقات محددة دونما خسائر كبيرة، فالمشتركين في الصناديق الاستثمارية عادة يكونون من المدخرين الذين يستثمرون مدخراتهم في تلك الأوعية الاستثمارية، وقد يحتاجون إلي السيولة من فترة لأخرى.

2 - يمثل التعهد بالشراء شكلاً من أشكال الضمان يقدمه مدير الاستثمار للمستثمرين، يسعى من خلاله إلى حمايتهم من المخاطر التي قد تتعرض لها استثماراتهم في

نهاية أجل الاستثمار، ذلك أن مشتري الصك - مثلا- يخشى أن يتعرض إلى خسائر فيما إذا كانت القيمة التي تطفئ بها الصك أقل من القيمة الاسمية التي اشترى بها المستثمر ذلك الصك، الأمر الذي يوقع المستثمر في خسارة مقدارها الفرق بين القيمة الاسمية والقيمة التي أطفأ به الصك .

3 - إعطاء الوحدات الاستثمارية الإسلامية ميزات مماثلة لميزات الوحدات الاستثمارية التقليدية فالمستثمر في الصكوك مثلاً يسعى -قياساً على نظام السندات الربوية التقليدية- لأن يضمن ابتداءً المبلغ الاسمي الذي اشترك به في الاستثمار، بحيث تكون أية عوائد يحققها خلال مدة الاستثمار هي أرباح حقيقية. ولذلك فعندما لا تكون القيمة الاسمية مضمونة، فقد يجد المستثمر نفسه في نهاية المدة قد حقق خسائر من استثماره وذلك عندما يكون الفارق بين المبلغ الذي أطفأ به استثماره والمبلغ الاسمي أكبر من العوائد التي حققها خلال مدة الاستثمار. ولهذا فإن التعهد بالشراء يمثل ميزه تسويقية مهمة تساعد مديري الاستثمار على طمأنة المستثمرين ودفع ترددهم في شراء إصدارات الاستثمار.

الحكم الشرعي للتعهد بالشراء:

التعهد بالشراء هو التزام من قبل المتعهد بشراء الأصول تحت الإدارة بثمن محدد أو سيجري تحديده مستقبلاً. وهو من قبيل الوعد الملزم بالنسبة للمدير يجب عليه الوفاء به أو جبر الضرر الناشئ من جراء ذلك طبقاً لقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بخصوص الوعد.

ومثل هذا التعهد يمكن النظر إليه باعتباره إيجاباً مفتوحا من قبل الجهة المتعهدة بالشراء لحملة الوحدات الاستثمارية للحلول مكانهم واستحقاق ما تدره الوحدة الاستثمارية من عوائد خلال عمرها.

والتعهد بالشراء قد يصدر من المضارب أو من الوكيل بالاستثمار أو من الشريك أو من المستأجر، ومثل هذا الإيجاب لا يثير مشكلة شرعية إذ يمكن النظر إليه باعتباره من قبيل شراء المضارب أو الشريك أو الوكيل أصول المضاربة، وقد صدر بجواز ذلك عدد من الفتاوى الشرعية. ومن ذلك الفتوى التي صدرت من ندوة البركة الثانية بخصوص شرعية عرض البنك الإسلامي إيجابا عاما لشراء حصص أو أسهم في شركة يملك البنك نسبة في رأس مالها والتي جاء فيها : " يجوز للبنك الإسلامي أن يعرض إيجابا عاما بشراء هذه الحصص أو الأسهم ما لم يكن ذلك وسيلة إلى محرم ."[1]

أ - حكم تعهد المضارب بشراء أصول المضاربة

(1) قرارات ندوة البركة الثانية التي انعقدت في تونس 12- 13 صفر 1405هـ/ 6-7 نوفمبر 1984م فتوى رقم 6.

يقصد بالتعهد بالشراء صدور التزام من قبل المضارب بشراء أصول المضاربة، وهذا التعهد قد يصدر في صورة التزام من قبل المضارب أو في صيغة وعد ملزم من قبله بالشراء، وقد تضمنت معظم المنتجات الإسلامية هذا التعهد، ولعل أبرزها وحدات الصناديق الاستثمارية القائمة على المضاربة وصكوك المضاربة، والسؤال الذي يطرح نفسه هو ما مدى مشروعية مثل هذا التعهد؟ وهل هذا التعهد يعد من الشروط الملائمة لعقد المضاربة أم أنه من الشروط التي تتعارض مع مقتضى عقد المضاربة .

فتعهد المضارب بشراء موجودات المضاربة سواء عند انتهاء أجلها أو عند الإنهاء المبكر لها، يندرج تحت باب اتفاق رب المال والمضارب على فسخ المضاربة والقسمة قبل التنضيض، ولا يزال مال المضاربة عروضاً. وفي هذا الصدد نجد أن أقوال الفقهاء تجيز ذلك وفق شروط محددة. جاء في فتح القدير " ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير إذنه،إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز إلا بإذنه "1 وفي المغني : " وإن اشترى أحد الشريكين حصة شريكه منه، جاز، لأنه يشتري ملك غيره "2.ويقول ابن قدامة " ولكل واحد منهما فسخ المضاربة، لأنها عقد جائز، فإذا فسخ والمال عرض فاتفق على قسمه أو بيعه، جاز. وإن طلب العامل البيع وأبى رب المال وفيه ربح أجبر عليه؛ لأن حقه في الربح لا يظهر إلا بالبيع".3

وقد صدر العديد من الفتاوى المعاصرة التي تجيز شراء الحصص الاستثمارية سواءً كانت في شكل وحدات أو أسهم. ومنها الفتوى الصادرة من مجمع الفقه الإسلامي الدولي والحلقة الفقهية الأولى للبركة4" فقد نص قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 30 (4/5) الخاص بسندات المقارضة وسندات الاستثمار على جواز تداول صكوك المقارضة في أسواق الأوراق المالية، إن وجدت، بالضوابط الشرعية، وذلك وفقاً لظروف العرض والطلب ويخضع لإرادة العاقدين. كما يجوز أن يتم التداول بقيام الجهة المصدرة في فترات دورية معينة بإعلان أو إيجاب يوجه إلى الجمهور تلتزم بمقتضاه خلال مدة محددة بشراء هذه الصكوك من ربح مال المضاربة بسعر معين، ويحسن أن تستعين في تحديد السعر بأهل الخبرة، وفقاً لظروف السوق والمركز المالي للمشروع. كما يجوز الإعلان عن الالتزام بالشراء من غير الجهة المصدرة من مالها الخاص، على النحو المشار إليه "5

والتعهد بالشراء من قبل المضارب من حيث المبدأ إذا تم باتفاق الطرفين لا يثير إشكالات شرعية، ولكن تظهر التساؤلات الشرعية بخصوص السعر الذي يتعهد المضارب الشراء

(1) فتح القدير 5\377

(2) المغني لابن قدامة 7\167 نشر دار عالم الكتب – الرياض- الطبعة الرابعة 1429هـ 1999م.

(3) الكافي لأبن قدامة – المكتب الإسلامي – بيروت طبعة 5 . 1988 -2/28

(4) مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي الدورة الرابعة القرار رقم 5 . الفتاوى الاقتصادية ص 145

(5) مجمع الفقه الإسلامي الدورة الرابعة. القرار رقم 30 (4/5).

بموجبه. فهذا التعهد إما أن يتم بالقيمة الاسمية أو بثمن المثل أو بالقيمة السوقية (سواء تم تحديدها بموجب اتفاق الطرفين أو وفقا لتقدير الخبراء).

التعهد بالشراء من المضارب بالقيمة الاسمية:
إذا كان التعهد بالشراء وفقا للقيمة الاسمية التي اكتتب بها المستثمر فمعنى هذا التعهد أن المضارب يضمن للمستثمر تلك القيمة بغض النظر عن القيمة السوقية للأصول المستثمر فيها، وفي هذا الصدد نجد أن بعض الفقهاء المعاصرين يذهبون إلى القول بأن مثل هذا التعهد جائز، وهو من الشروط التي لا تنافي مقتضى عقد المضاربة، وفي ذلك يقول د. القري: " يتضمن هيكل إصدار الصكوك - كما أسلفنا - شراء المصدر من حملة الصكوك في نهاية المدة أو عند وقوع حدث معين ويكون ذلك على صفة شرط يشترطه حملة الصكوك على المصدر.
هذا الشرط الذي يتضمن التزام المصدر للصكوك بالشراء بنفس ثمن بيعه الأصول غير جائز ومفسد للعقد عند المضيقين لدائرة الشروط في العقود أما عند الموسعين فهو جائز لا بأس به، بناءً على أن الأصل في الشروط والعقود الحل والإباحة وأن هذا الشرط لا يترتب عليه رباً ولا غرر وفيه مصلحة للعاقدين"[1] وقد اجتهد الدكتور حسين حامد حسان في بحث مطول له بعنوان " دراسة حول بعض جوانب الصكوك المعاصرة " لإثبات أن تعهد مدير الصكوك بشراء موجودات الصكوك بالقيمة الاسمية لا يعد شرطاً لضمان رأس مال على مدير الصكوك مشيرا إلى أن الشريعة منعت شرط الضمان لأنه شرط ينافي مقتضى العقد .
ومن رأي الدكتور حسين أن هناك عدد من الفروق بين الضمان الناشئ بموجب الشرط والتعهد بشراء الصكوك بالقيمة الاسمية نلخصها فيما يلي :
1- أن شرط ضمان رأس المال على مدير الصندوق يلزمه بضمان رأس المال والقيمة الاسمية في جميع الحالات بما في ذلك حالة الهلاك والتلف والخسارة التجارية وليس كذلك الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية لأنه لا يلزمه الواعد بالشراء عند هلاك موجودات الصكوك كلياً أو جزئياً لعدم وجود المبيع كاملاً على الوجه الذي وقع عليه الوعد.
2- في حالة الهلاك الجزئي أو الخسارة يلزم الضامن لرأس المال (بناء على شرط الضمان) ضمان الهلاك الجزئي أو الخسارة في جميع الأحوال ، ولا يلزم الواعد بالشراء شراء ما تلف أو هلك جزئيا.

(1) أحكام ضمان الصكوك وعوائدها للدكتور محمد العلي القري. أوراق ندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقوي م ص214

3- أن الضمان المترتب على الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية لا يتحقق إلا إذا كان وقوع البيع بالقيمة الاسمية حتميا، وفي جميع الحالات ولكن هذا غير واقع ولا تقتضيه طبيعة الوعد بالشراء.[1]

وما ذهب إليه الدكتور حسين فيما ذكرنا مخالف لما يذهب إليه جمهور الفقهاء المعاصرين الذين يعدون التعهد بالشراء بالقيمة الاسمية يناقض مقتضى عقد المضاربة، ويرون أنه يؤدي إلى ضمان رأس مال المضاربة وهو ممنوع بإجماع الفقهاء.فضلا عن ذلك فإن الدكتور حسين قد خلط بين أمرين لا تلازم بينهما بالضرورة وهما:
(1) ضمان المدير للعين ضد الهلاك والتلف الكلي أو الجزئي
(2) ضمان المدير للقيمة الاسمية للعين
ففيما يتعلق بالأمر الأول لا أحسب أن هناك خلاف بين الدكتور حسين وجمهور الفقهاء المعاصرين في أن ضمان المدير للعين ضد الهلاك والتلف الكلي أو الجزئي أنه من الضمان الممنوع الذي نهت عنه الشريعة، وهذا ليس موطن خلاف.
أما فيما يتعلق بالأمر الثاني وهو ضمان المدير للقيمة الاسمية للعين فإن الدكتور حسين ينازع القائلين بعدم جوازه ويرى أن القائلين به يلزمهم القول بان ضمان المدير والتزامه بشراء الأصول بقيمتها الاسمية يعني بالضرورة التزامه بشراء الأصول وان هلكت او تلفت جزئيا وهو غير متصور.
وفي ظني ان هذا التلازم ليس ضروريا لأنه لا أحد يشترط على مدراء الصكوك ضمان أعيان الصكوك ضد الهلاك أو التلف الكلي أو الجزئي ، لان مخاطر الهلاك والتلف الجزئي يتم تغطيتها عادة عن طريق التأمين وبالتالي فهي ليست من المخاطر التي يخشاها مالكو الصكوك . أما المخاطر التي يخشاها مالكو الصكوك فهي انخفاض قيمتها الاسمية عند الإطفاء، ولهذا يسعون إلى تغطية تلك المخاطر عن طريق الاشتراط على مدير الصكوك وإلزامه بشرائها بالقيمة الاسمية ، وحيث إن القيمة الاسمية تمثل رأس المال لمشتري الصك فإن التزام المدير بها يؤول دون أدنى شك إلى ضمان رأس المال المنهي عنه.

وفي مجال عقد المضاربة فإن مثل هذا التعهد في ظني ينافي مقتضى عقد المضاربة، إذ إنه عند التطبيق لا يخرج عن أمرين:
- أولهما: أن تكون قيمة موجودات المضاربة مساوية أو أقل من القيمة الاسمية التي التزم بها المضارب لأرباب المال.
- الثاني: أن تكون قيمة موجودات المضاربة أكثر من القيمة الاسمية.

---

(1)دراسة حول بعض جوانب الصكوك المعاصرة لدكتور حسين حامد حسان منشورة في موقعه الرسمي

ففي الحالة الأولى حيث تكون موجودات المضاربة مساوية أو أقل من القيمة الاسمية عندئذ يكون المضارب قد ضمن لرب المال رأسماله، أو ضمن له قيمة محددة من رأس ماله، ووقاه من الخسارة التي تنشأ من جراء تصفية المضاربة، ومثل هذا الضمان لا خلاف في أنه ممنوع.

أما في الحالة الثانية، وهي التي قد تباع فيها موجودات المضاربة بأكثر من قيمتها الاسمية التي التزم بها المضارب، فمن شأن ذلك أن يولد التهمة للمضارب بكونه يسعى لمحاباة نفسه.

والقول بأن الاشتراط على المضارب بشراء أصول المضاربة بمثل ثمنها الأول أنه لا يعارض مقتضى العقد، قول تخالفه الأصول الشرعية المعتبرة في فقه الأمناء وما يجب عليهم، ذلك أن ما استقر عليه العمل عبر العصور أن اشتراط الضمان على المضارب باطل، كما أن تبرع المضارب بالضمان باطل أيضاً؛ لمنافاة ذلك لمقتضى عقد المضاربة وتحويله إلى قرض ربوي وهو ممنوع اتفاقاً. واليك بعضاً من أقوال الفقهاء المحققين في ذلك: " قال ابن عبد البر : وقال مالك في هذا الباب من (الموطأ) في الرجل يدفع إلى رجل مالاً قراضاً، ويشترط على الذي دفع إليه المال الضمان ؟ قال: لا يجوز لصاحب المال أن يشترط في ماله غير ما وضع القراض عليه وما مضى من سنة المسلمين فيه، فإن نما على شرط الضمان كان ذلك قد ازداد في حقه من الربح من أجل موضع الضمان، وإنما يقتسمان الربح على ما لو أعطاه إياه من غير ضمان، وإن تلف المال لم أر على الذي أخذ ضماناً لأن شرط الضمان في القراض باطل ..." 1وقال ابن رشد " إذا شرط رب المال الضمان على العامل، فقال مالك: لا يجوز القراض وهو فاسد. وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة وأصحابه: القراض جائز والشرط باطل. وعمدة مالك أن اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض ففسد، وأما أبو حنيفة فشبهه بالشرط الفاسد في البيع، وعلى رأيه أن البيع جائز والشرط باطل "2

وفي مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: "(وكذا ضمان المضارب الثمن لرب المال باطل يعني إذا باع المضارب مال المضاربة، ثم ضمن الثمن لرب المال، لا يصح، لأن الكفالة التزام المطالبة وهي إليهما فيصير كل واحد منهما ضامناً لنفسه، إذ حقوق العقد ترجع إليهما فلا يفيد ضمانهما بخلاف من لا ترجع إليه الحقوق كالوكيل بالتزويج إن ضمن المهر، والمأمور ببيع الغنائم من قبل الإمام إن ضمن الثمن، والرسول بالبيع إن ضمن الثمن لأن كل واحد منهم سفير ومعبر فيصح ضمانهم، وكذا الوكيل بقبض الثمن إذا ضمن الثمن عن المشتري للموكل يصح، وكذا ضمان أحد الشريكين حصة شريكه من ثمن ما باعاه صفقة

---

(1) الاستذكار لابن عبد البر 17/7

(2) بداية المجتهد ونهاية المقتصد 238/2

واحدة باطل)1 وفي حاشية الروض المربع (وأنه إذا أودعه على شرط الضمان لا يضمن بالشرط وحكي إجماعا) "2

وقد صدر بخصوص مثل هذا التعهد العديد من القرارات والفتاوي الشرعية منها قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 178 (19/4) الذي نص صراحة على ما يلي : "لا يجوز إطفاء الصكوك بقيمتها الاسمية بل يكون الإطفاء بقيمتها السوقية أو بالقيمة التي يتفق عليها عند الإطفاء.3

ولا شك أن اشتراط الضمان في القراض ليس موضع خلاف كبير بين القدماء أو المعاصرين، ولكن موضع الخلاف هو مدى جواز تضمين عقد القراض شرطاً يؤول إلى ضمان المضارب مال المضاربة. واقتضى هذا القول أنه يكون من باب التزام المضارب بالضمان تبرعاً من عند نفسه، وليس شرطاً مفروضاً من قبل رب المال. والرضا هو أساس التعاقد .وقد اجتهد الدكتور نزيه حماد في بحث له عن "مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي"، في التدليل على جواز اشتراط الضمان على المضارب، وكذلك جواز تطوع المضارب بالضمان مستندا في ذلك على أقوال بعض الفقهاء وكذلك على تطبيق مبدأ الرضا في العقد وان الأصل في الشروط العقدية الصحة والجواز إلا ما أبطله الشرع.4

وهذا التخريج وإن استند إلى أصل صحيح، وهو أن التراضي هو مناط حل وحرمة الأموال، إلا أن الرضا وحده لا يكون مستنداً شرعياً لحل كل العقود، فالرضا شرط في العقود ولكنه لا يكون وحده أساساً للتحليل والتحريم، فالتحليل والتحريم أساسهما الشرع، فلا حلال إلا ما أحله الشرع ولا حرام إلا ما حرمه الشرع. يقول د. حسين حامد حسان "ضمان الأمين يحكمه أصلان شرعيان، وهما وإن لم يؤخذان من نص واحد، ولم يدل عليهما دليل معين، فقد دلت عليهما نصوص وجملة أدلة شرعية، تفيد في مجموعها القطع حتى صار كل منهما مقصداً شرعياً. أما الأصل الأول فهو أن التعدي هو مناط وجوب ضمان الأمين، وأما الأصل الثاني فإنه عند الاختلاف بين مالك المال والأمين عليه في التعدي وعدمه تكون البينة على المدعي واليمين على من أنكر، وقد انعقد الإجماع على هذين الأصلين أو الحكمين، وإن وقع الخلاف في تحقيق مناطها في الجزئيات والنوازل التي ليس فيها بعينها نص حكم شرعي.

---

(1) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر. تأليف: عبد الرحمن بن محمد المدعو بشيخي زاده (196/3) تحقيق: خليل عمران المنصور. نشر: دار الكتب العلمية – بيروت. 1419هـ 1998م.

(2) حاشية الروض المربع جمع عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي 457/5 الطبعة العاشرة 1425هـ

(3) قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي الدورة التاسعة جمادى الأولى 1430 هـ الموافق أبريل 2009 القرار رقم 178 (19/4)

(4) انظر المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب 1491 / 1998- ص 47 -51

وأما أن المناط في حل الأموال وحرمتها هو الرضا وحده فمخالف لما انعقد عليه الإجماع من وجوب موافقته للشريعة، أو عدم مناقضتها، لقوله صلى الله عليه وسلم "كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد" أي مردود على صاحبه، ذلك أن إرادة المكلف لا تستقل بالتشريع ولا تحلل الحرام ولا تحرم الحلال، وقد ثبت أن شرط الضمان يناقض هذين الأصلين مناقضة تامة. فالأمين لا يضمن إلا بالتعدي، والشرط يناقض هذا ويوجب الضمان على الأمين دون تعدٍ."1

وحيث ثبت أن التزام المضارب بشراء موجودات المضاربة من شأنه أن يؤول إلى ضمان مال المضاربة، فيكون مثل هذا الشرط باطل وإن تبرع به المضارب ولم يشترطه رب المال، يقول ابن قدامه: " ما لا يجب ضمانه لا يصيره الشرط مضموناً، وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه.."2

ويقول الميداني: "شرط الضمان في الأمانة مخالف لقضية الشرع فيكون باطلاً"3 ويقول الماوردي "لان العقود أصولاً مقدرة وأحكاما معتبرة ،لا تغيرها الشروط عن أحكامها في شرط سقوط الضمان أو إيجابه، كالودائع والشركة ،لما كانت غير مضمونة لا تعتبر مضمونة بالشرط"4 ويقول القاضي عبد الوهاب "لأن أصل العقود موضوع على الأمانة ،فإذا شرط فيه الضمان ،فذلك خلاف موجب أصله ، والعقد إذا ضامه شرط يخالف موجب أصله أوجب بطلانه".5

ونخلص مما تقدم إلى أن تعهد المضارب بشراء موجودات المضاربة بقيمتها الاسمية إن تم اشتراطه في العقود المنظمة للعلاقة بين الطرفين فيكون ممنوعاً لأنه يؤدي إلى ضمان رأس مال المضاربة ؛ وذلك يخالف أصلاً شرعياً مجمعاً عليه وهو أن الضمان ينافي مقتضى عقد المضاربة سواء جاء ذلك من خلال شرط شرطه رب المال على المضارب أو من خلال التزام المضارب وتطوعه بالضمان.

وقد يجادل البعض فيقولون بأن أصول المضاربة التي اشتراها المضارب قد تباع في نهاية الأجل بثمن أكثر من قيمتها الاسمية، فينتفي بذلك الضمان المفترض لرب المال، وفي هذا الصدد نقول إن وجود هذا الاحتمال من شأنه أن يفسد تعهد المضارب بشراء موجودات المضاربة، حيث إن هذا الشراء من شأنه أن يترتب عليه ضرر على رب المال، وأن المضارب ومن خلال إدارته للمضاربة ربما ترجح لديه ارتفاع قيمة الأصول في نهاية المدة

---

(1) د. حسين حامد حسان . انتقال عبء الإثبات في دعوى التعدي والتفريط إلى الأمين . بحث مقدم إلى المؤتمر الفقهي الثالث للمؤسسات المالية الإسلامية – الكويت – الذي تنظمه شورى للاستشارات الشرعية بالكويت نوفمبر2009. ص50

(2) المغني لابن قدامة 128/6

(3) اللباب في شرح الكتاب 181/1

(4) الحاوي الكبير للماوردي 371/7 طبعة دار الفكر بيروت 1414 هـ

(5) المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب البغدادي ،1122/2 – طبعة المكتبة التجارية بمكة المكرمة

فرغب في الاستئثار بتلك الزيادة، ومن حيث إنه أمين، فينبغي أن يكون عمله لمصلحة المضاربة وليس لمصلحة نفسه، وكل تصرف يولد التهمة بأنه يعمل لمصلحة نفسه من شأنه أن يكون تصرفاً باطلاً .وقد أكدت توصيات ندوة الصكوك التي نظمت بالتعاون بين مجمع الفقه الإسلامي وجامعة الملك عبد العزيز والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو مجوعة البنك الإسلامي للتنمية ومركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي التابع لجامعة الملك عبد العزيز، أكدت على ما اشرنا إليه حيث جاء ضمن توصياتها أن التعهد بالشراء بالقيمة الاسمية إذا كان في أجل محدد أو في حالات تعثر المصدر أو في حالة انخفاض القيمة السوقية للأصول فجميع ذلك غير جائز لأنه يتضمن العينة الممنوعة.1

ثالثاً:تعهدات الشريك في المشاركة المتناقصة:

المشاركة المتناقصة تعد إحدى الصيغ التمويلية التي تستخدمها المصارف الإسلامية، وهي تقوم على أساس تملك البنك والعميل لأصل من الأصول ثم يتعهد أو يعد أحدهما الآخر- عادة العميل - بشراء حصص شريكه دفعة واحدة أو بصورة تدريجية إلى أن تؤول ملكية الأصل له.

والمشاركة في التطبيق المالي الإسلامي المعاصر تأخذ عدة أشكال:

1 - المشاركة المتناقصة المطبقة بين البنوك وعملائها.

2 - صكوك المشاركة، وهي الصكوك التي تصدر على أساس عقد المشاركة، حيث يوقع حملة الصكوك عقداً بينهم عن طريق الجهة المصدر للصكوك وتنشأ بذلك وكالة خاصة بينهم وهي وكالة يكون الوكيل فيها غير قابل للعزل عادة ، وقد تكون حصة مصدر الصكوك حصة عينية ضئيلة تباع إلى حملة الصكوك.

3 - الاعتمادات المستندية بالمشاركة، حيث يشترك البنك والعميل في استيراد بضاعة يرغب فيها العميل ويعد العميلُ البنكَ بشراء حصته بثمن محدد يتمثل في التكلفة زائد هامش ربح معين.

وفي جميع هذه الصور تنشأ شركة بين الطرفين وهي شركة لا تتم مصلحة الطرفين فيها إلا بأن يكون هناك تعهد أو شرط أو وعد من قبل أحد الشريكين بشراء حصة الشريك الآخر سواء على دفعة واحدة أو تدريجياً.

وما يهمنا في هذا الصدد التعهدات المتبادلة بين الشركاء في المشاركة المتناقصة سواءً تمت صياغتها في شكل تعهدات أو في شكل وعود ملزمة أو غير ملزمة. فمن حيث الأصل يجوز

(1) انظر توصيات ندوة الصكوك الإسلامي :عرض وتقويم المنعقدة بجدة 10-11 جمادى الأولى 1431 الموافق 24-25 مايو 2010

للشريك بيع حصته لشريكه. جاء في المغني "وإن اشترى أحد الشريكين حصة شريكه جاز لأنه يشتري ملك غيره".1
وفي مجموع فتاوى ابن تيمية "يجوز بيع المشاع باتفاق المسلمين، كما مضت بذلك سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم "2.
ولا تختلف المشاركة عن المضاربة من حيث عدم جواز تعهد أحد الشريكين بضمان حصة شريكه؛ حيث إن ذلك يؤدي إلى قطع المشاركة.
وقد يجري الاتفاق بين الشريكين على شراء الحصص بأن يعد أحدهما الآخر بأن يشتري حصته بعد فترة محددة - سنة مثلاً - بقيمتها الاسمية. أو يتفقان على أن يكون البيع بثمن محدد يتفقان عليه من الآن .أو أن يكون البيع بثمن المثل، أو بسعر السوق عند تنفيذ البيع.
والحالة الأولى: وهي التعهد أو الاشتراط على أن يكون ثمن البيع محدداً ابتداءً، كأن يكون مساوياً لحصة الشريك في المشاركة أو أكثر، فإن ذلك يؤدي إلى ضمان الشريك المشتري لحصة شريكه البائع التي أسهم بها في المشاركة فضلاً عن ضمان الربح وهو غير جائز3. حيث إنه يؤدي إلى قطع الشركة بين الشريكين أو ضمان أحد الشريكين لحصته وجميعها مفسدة للمشاركة.

الحالة الثانية: أن يتم البيع على أساس سعر السوق أو بثمن المثل في يوم البيع، وقد نص قرار مجمع الفقه رقم 136(15/2) على عدم جواز التعهد بشراء أحد الطرفين حصة الطرف الآخر بمثل قيمة الحصة عند إنشاء الشركة، لما في ذلك من ضمان الشريك حصة شريكه، بل ينبغي أن يتم تحديد ثمن بيع الحصة بالقيمة السوقية يوم البيع أو بما يتم الاتفاق عليه عند البيع، وعدم اشتراط مبلغ مقطوع من الأرباح أو نسبة من مبلغ المساهمة، كما لا يجوز النص على حق أحد الطرفين في استرداد ما قدمه من مساهمة (تمويل).4
كما أشار قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة إلى عدم جواز أن تتضمن نشرة الإصدار نصاً يؤدي إلى احتمال قطع الشركة في الربح، فإن وقع ذلك كان العقد باطلاً.5
ويلاحظ أن اتفاقيات صكوك المشاركة تحديدا تتضمن مثل هذا التعهد الذي يلتزم بموجبه مدير الصكوك بشراء حصة حملة الصكوك بأكثر من قيمتها الاسمية على دفعات. يقول أحد الباحثين: إن تعهد مصدر الصكوك بشراء حصة حملة الصكوك بأكثر من قيمتها يتضمن "

(1) المغني لابن قدامة167/7
(2) مجموع فتاوى ابن تيمية 29/ 233
(3)انظر المشاركة المتناقصة وأحكامها د. نزيه حماد مجلة مجمع الفقه الإسلامي جدة العدد الثالث عشر(2\523)
(4) انظر قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الخامسة عشرة بمسقط (سلطنة عُمان) 14 - 19 المحرم 1425هـ الموافق 6 – 11 آذار (مارس) 2004م رقم 136(15/2).
(5) انظر قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة في دورته السادسة المنعقدة في عام 1410هـ

شراء نقد بنقد مع التفاضل والتأخير؛ لأن مصدر الصك بشرائه حصة حملة الصكوك يكون قد استرد كامل الأصل العيني الذي اشترك به، وفوق ذلك التزم بشراء المساهمة النقدية لحملة الصكوك قبل أن يتم تحويل النقد إلى أعيان ومنافع. وحتى لو كان البيع بعد تحول النقود إلى أعيان ومنافع فان تعهد المصدر بشراء نصيب حملة الصكوك من حين إنشاء الشركة يجعلها عينة ثنائية؛ لأن المصدر يكون قد باع أسهماً في الشركة بثمن نقدي وتعهد في الوقت نفسه بشرائها بثمن مؤجل أعلى"1.

ونخلص مما تقدم إلى أن تعهد أحد الشريكين في عقد المشاركة بشراء حصة شريكه بقيمة محددة سلفا تساوي الحصة التي اشترك بها شريكه مضافاً إليها ربح معين يؤدي إلى قطع الشركة بين الشريكين كما يؤدي إلى ضمان أحد الشريكين رأس مال شريكه في المشاركة, وقد يتضمن مثل هذا التعهد في بعض الحالات ربا الفضل وربا النساء إذا كانت أصول المشاركة عند تنفيذ التعهد أصولاً نقدية.

رابعاً: تعهدات الوكلاء:

الوكالة في اللغة لها معانٍ كثيرة منها الحفظ والتفويض2، قال الأصفهاني في المفردات في غريب القرآن " التوكيل أن تعتمد على غيرك، وتجعله نائباً عنك، والوكيل فعيل بمعنى المفعول، قال تعالى " وكفى بالله وكيلاً"3 أي اكتف به أن يتولى أمرك وربما عبر عن الوكيل بالكفيل، والكفيل أعم"4

الضمان في الوكالة:

يد الوكيل على المال الموكل فيه يد أمانة وهي يد الجائز للشيء بإذن صاحبه – لا بقصد تملكه- بل لمصلحة تعود لمالكه، جاء في المادة (762) من مجلة الأحكام العدلية " الأمانة هي الشيء الموجود عند الشخص الذي اتخذ أميناً، سواءً أجعل أمانة بعقد الاستحفاظ كالوديعة ، أم كان أمانة ضمن عقد كالمأجور والمستعار، أو صار أمانة في يد شخص بدون عقد ولا قصد ، كما لو ألقت الريح في دار أحد مال جاره، فنظراً لكونه لم يوجد عقد فلا يكون ذلك المال وديعة بل أمانه فقط.."5

وشرحت المادة (768) من المجلة أحكام يد الأمانة بما يلي:

"والأمانة لا تكون مضمونة، يعني على تقدير هلاكها أو ضياعها بدون صنع الأمين، وتقصيره ولا يلزم الضمان".

---

(1) منتجات صكوك الإجارة للدكتور سامي إبراهيم السويلم ضمن أوراق ندوة الصكوك الإسلامية عرض وتقويم جدة 1431 هـ \ 2010م /ص 195

(2) لسان العرب ، مادة وكل

(3) سورة النساء- الآية 8

(4) المفردات في غريب القرآن – دار المعرفة – بيروت 532-533

(5) مجلة الأحكام العدلية ، المواد المذكورة

فالوكيل، كما سبق، من زمرة الأمناء كالمضارب والشريك والأجير. لا ضمان عليهم إلا في حالات التعدي والتقصير، ولا يوجد خلاف يذكر بين الفقهاء في هذا الصدد إلا في بعض حالات معدودة جرى الخلاف حول تحقيق مناط التعدي والتقصير حولها، يرجع إليها في مظانها"1

وعلى ذلك فإن الاشتراط على تضمين الوكيل غير جائز، وتضمين عقود الوكالة شروطاً تفضي إلى تضمين الوكيل تندرج في حكم الاشتراطات الممنوعة. ولكن يثور السؤال بصيغة أخرى، ألا وهو مدى جواز أن تتضمن عقود الوكالة على تعهدات من قبل الوكيل تلزمه بشراء أصول الوكالة أو بإقراض الموكلين عند نقص الربح عن نسبة معينة أو تعهده بضمان مديونيات من يتعامل معهم ؟ وهذا ما سنتناوله في الفقرات التالية:

أ- تعهد الوكيل بشراء أصول الوكالة:

من صور التعهدات التي انتشرت في المعاملات الإسلامية المعاصرة، تعهد الوكيل للموكل بشراء الأصول محل الوكالة، وأظهر صور هذا التعهد في الصكوك القائمة على الوكالة، إذ يتعهد مدير الصكوك لحامليها شراء الأصول في نهاية عمر الصكوك ، وقد يكون التعهد بالشراء بإحدى القيم الآتية:

1 - أن يتم تحديد ثمن الشراء بالقيمة السوقية.
2 - أن يتم تحديد ثمن الشراء بقيمة يحددها الخبراء.
3 - أن يتم تحديد ثمن الشراء بثمن يتم الاتفاق عليه وقت التنفيذ.
4 - أن يتم تحديد ثمن الشراء بثمن يساوي القيمة الاسمية أو أقل.

ولا يخفى أن تعهد الوكيل بشراء أصول الوكالة إذا تم وفقاً للقيمة السوقية لتلك الأصول، أو وفقاً لتقدير الخبراء، أو وفقاً لثمن تراضي عليه الوكيل والموكل عند التنفيذ، فليس في ذلك ما يقدح في صحتها من الناحية الشرعية ، إذ ينتفي فيها محاباة الوكيل لنفسه، كما ينتفي فيها ضمان الوكيل لمال الوكالة أو ضمان نسبة من الربح له ،ومن ثم فهي تبدو جائزة من الناحية الشرعية.

---

(1) لدراسات جيده في الصدد ينظر:

- حماد ، د. نزيه ، مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي ، البنك الإسلامي للتنمية ، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب.
- حسان ، د. حسين حامد ، انتقال عبء الإثبات في دعوى التعدي والتفريط إلى الأمين. بحث مقدم إلى المؤتمر الفقهي الثالث للمؤسسات المالية الإسلامية.

وذهب جمهور الفقهاء إلى منع الوكيل من الشراء من نفسه أو البيع لها يستدل بذلك بثلاثة أمور

1 - خشية لحوق التهمة له وخشية ترك الاستقصاء في الثمن
2 - إن سياق التوكيل في البيع والشراء يدل على إخراجه من جملة المشتريين فلا يكون بائعا مشتريا في آن واحد
3 - انه لا يجوز أن يتولى طرفي العقد بنفسه يأخذ بإحدى يديه من الأخرى.[1]

أما في الحالات التي يتعهد فيها الوكيل بشراء أصول الوكالة التي يديرها وفقاً للقيمة الاسمية أو بما هو أقل من القيمة الاسمية، فيظهر بجلاء أن مثل هذا التعهد قد يتضمن العينة إذا كان الوكيل هو البائع للأصول كما يشوبه شبهة ضمان الوكيل لأصل المال الذي وكل به. إذ أن مثل هذا التعهد من شانه أن يقي الموكل من الخسارة في حال انخفاض القيمة السوقية للأصول لما دون القيمة الاسمية. كما أن فيه إجحافا بالموكل في حال بيعت الأصول بقيمة أكثر من القيمة الاسمية. يؤيد هذا قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 178 (4\19) في فقرته الثالثة بند 3 حيث نص على التالي : " لا يجوز إطفاء الصكوك بقيمتها الاسمية بل يكون الإطفاء بقيمتها السوقية أو بالقيمة التي يتفق عليها عند الإطفاء.[2]

ب ـ تعهد الوكيل بإقراض الموكلين عند نقص الربح عن نسبة معينة:

من صور التعهدات في الصكوك الإسلامية تعهد مدير الصكوك والتزامه بتوزيع نسبة معينة من الربح على حملة الصكوك وفي حال نقص الربح عن تلك النسبة يلتزم بإقراضهم الفرق بين النسبة الفعلية والنسبة التي حددها له مدير الصكوك. والهدف من ذلك هو تصميم الصكوك على نحو يجعلها شبيهة بالسندات التي تدر على مالكيها نسبة محددة هي عبارة عن الفائدة على الصكوك. ومثل هذا التعهد يمكن النظر اليه على انه واقع تحت النهي عن الجمع بين السلف والبيع فقد ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو داوود والترمذي "لا يحل سلف وبيع"[3] قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح .وقال ابن قدامة في المغني " ولو باعه بشرط أن يسلفه أو يقرضه أو شرط المشتري ذلك عليه فهو محرم والبيع باطل

---

(1) راجع عقد الوكالة في الفقه الإسلامي لسيد محمد صادق الأنصاري ص 102 مكتبة جدة الطبعة الأولى 1408هـ 1987 م

(2) قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي الدورة التاسعة جمادى الأولى 1430 هـ الموافق أبريل 2009

(3) الجامع الصحيح للترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية ما ليس عندك رقم 1279 (ج1/334) نشر جمعية المكنز الإسلامي – القاهرة – 1421هـ ، وسنن أبي داود كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده رقم 3498 (ج4/182) تحقيق محمد عوامة، نشر دار القبلة – جدة – الطبعة الأولى 1419هـ - 1998م، وسنن النسائي مع التعليقات السلفية للفوجياني، كتاب البيوع، باب شرطان في بيع .... رقم 4635، (ج5/83) صححه وعلق عليه أبو الأشبال / أحمد شاغف، وأحمد مجتبى السلفي

وهذا مذهب مالك الشافعي ولا أعلم فيه خلافا "1 وقال أيضا "وان شرط أن يؤجره داره بأقل من أجرتها أو على أن يستأجر دار المقرض بأكثر من أجرتها كان أبلغ في التحريم "2 .

ولا شك أن تعهد مدير الصكوك بإقراض حملة الصكوك لا تفسير له سوى أن الوكيل يرغب في الحصول على الحافز الذي يمثل الزيادة عن الربح الموزع على حملة الصكوك وبالتالي فهو لا يقدم على هذا الإقراض إلا لمنفعة يحققها آجلا أو عاجلاً وبالتالي ينطبق عليه النهي الوارد في الحديث لأن مقتضى الحديث هو النهي عن الجمع بين معاوضة وسلف وهو متحقق في هذه الحال .

وقد أكد القرار رقم 178 (4\19) الصادر من مجمع الفقه الإسلامي الدولي ما ذهبنا إليه وذلك في فقرته الثالثة البند واحد حيث نص على الآتي " لا يجوز أن يتعهد مدير الصكوك بإقراض حملة الصكوك أو بالتبرع عند نقص الربح الفعلي عن الربح المتوقع وله - بعد ظهور نتيجة الاستثمار - أن يتبرع بالفرق أو أن يقرضه، وما يصير عرفا يعتبر كالتعهد " 3

ج - تعهد الوكيل بضمان مديونيات من يتعامل معهم :

من صور التعهدات المنتشرة في المعاملات المصرفية الإسلامية المعاصرة تعهد الأمناء سواء أكانوا وكلاء أو مضاربين او شركاء بضمان مديونيات من يتعاملون معهم،ومقتضى مثل هذا التعهد أن الأمين يضمن للموكل بأنه في حال عدم قيام من يتعامل معهم بسداد ما عليهم من التزامات فإن الأمين يكفل للوكيل سداد تلك الالتزامات.

وهذا التعهد وسائر التعهدات المماثلة يعكس التطبيقات العملية لعقود الأمانة في العصر الحاضر حيث نجد أنها في الحقيقة مصممة على نحو يجعل الأمناء بطوعهم وبرغبتهم يسعون إلى إلزام أنفسهم بما لا تلزمهم به عقود الأمانة. والسبب في ذلك يعود إلى أن المؤسسات المالية الإسلامية تعمل وفق ذهنية مسيطرة عليها هي الذهنية المصرفية التقليدية،التي صيغت علاقاتها التمويلية على أساس واضح يتمثل في ضمانها للمستثمر

(1) المغني 4\162
(2) المغني 4 \ 211
(3) قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي الدورة التاسعة عشرة جمادى الأولى 1430 هـ الموافق أبريل 2009

المال الذي تحت يدها. ولهذا فهي تكون مستعدة على الدوام لتقديم مثل هذا الضمان سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة. فلا شيء يفسر تهافت المصارف الإسلامية على مثل هذه التعهدات وإلزام نفسها بما لا يلزمها به العقد سوى التمسح بعتبات المصارف التقليدية وهو تمسح سيفقدها هويتها إن لم تحيد عنه.

وعودا إلى موضوعنا فإن عقود الأمانة بأشكالها المختلفة قائمة على أساس بذل الأمين الجهد في أداء ما وكل به، أما النتائج فهو غير مسئول عنها إلا في حالات التقصير أو التعدي أو مخالفة شروط الأمانة.

أما عقود الكفالة فمقتضاها الالتزام بالأداء فهي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة وقد ورد في الحديث الشريف أن:" الزعيم غارم".1

والذي يظهر أن التعهد بكفالة المدينين من قبل الأمناء غير جائز للتعارض بين مقتضى عقدي الوكالة والكفالة وبالتالي لا يمكن الجمع بينهما في شخص واحد بحيث يكون وكيلا وكفيلا ، لان مؤدى ذلك أن يكون الوكيل ضامن وغارم وهو ما ينافي مقتضى عقود الأمانة كالوكالة والمشاركة والمضاربة. حيث إن مآل ذلك إلى ضمان الشريك لحصة شريكه أو ضمان المضارب لرأس مال المضاربة وكلا الأمرين لسنا في حاجة للتدليل على عدم جوازهما. وقد صدرت عدة فتاوى تمنع مثل هذه الكفالة منها الفتوى الصادرة من ندوة البركة التاسعة (الحلقة الفقهية الثالثة لمناقشة القضايا المصرفية المعاصرة) فبراير 1994 التي ميزت بين حالة الوكيل الكفيل و الوكيل المضارب والشريك إذا أجازت للوكيل أن يضمن المكفول عنه دون أن يكون ذلك شرطا في عقد الوكالة إذ جاء فيها : " يجوز للمصرف المدير للعمليات علي أساس الوكالة بأجر أن يكفل المدينين دون اشتراط تلك الكفالة في عقد التوكيل" وصدر بنحو ذلك المعيار الشرعي رقم (5) الخاص بالضمانات الذي جاء فيه:

- لا يجوز الكفالة أو الرهن في عقود الأمانة ، مثل عقد الوكالة أو الإيداع ، لمنافاتهما لمقتضاها، ما لم يكن اشتراطهما مقتصراً على حالات التعدي أو التقصير أو المخالفة ، وبخاصة عقود المشاركة والمضاربة ، حيث لا يجوز اشتراط الضمان على المضارب أو وكيل الاستثمار أو أحد الشركاء سواءً كان الضمان للأصل أم للربح ولا يجوز تسويق عملياتها على أنها استثمار مضمون.

(1) سنن أبي داود كتاب البيوع باب في تضمين العارية رقم 3560. (ج203/4) والجامع الصحيح للترمذي كتاب البيوع. باب ما جاء في أن العارية مؤداة. رقم 1312. (ج343/1) وصححه الألباني في إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل (ج245/5) نشر المكتب الإسلامي – بيروت – الطبعة الأولى 1399هـ – 1979م

لا يجوز الجمع بين الوكالة والكفالة في عقد واحد لتنافي مقتضاهما ، ولا اشتراط الضمان على الوكيل بالاستثمار يحول العملية إلى قرض بفائدة ربوية بسبب ضمان الأصل مع الحصول على عائد .

أما إذا كانت الوكالة غير مشروطة فيها الكفالة ، ثم كفل الوكيل من يتعامل معه بعقد منفصلا فإنه يكون كفيلا لا بصفة كونه وكيلاً حتى لو عزل عن الوكالة يبقى كفيلا."[1]

والقول بفصل شخصية الوكيل من كونه وكيلاً وكونه كفيلاً يتطلب أن يكون عقد الكفالة منفصلاً عن عقد الوكالة ،وألا يكون مشترطاً فيه،بحيث إذا انفسخت الوكالة لأي سبب كان ، تظل الكفالة قائمة، وهو أمر يصعب تحققه من الناحية العملية وخاصة في حالة الصكوك حيث يكون الوكيل غير قابل للعزل، وهذا ما يجعل هذه الفتوى محل نظر حيث إن مآلها هو ضمان الوكيل لما بيده من أموال. والله أعلم

انتهى بحمد الله

(1) انظر المعيار الشرعي رقم (5)

فهرس المراجع والمصادر

1- القرآن الكريم
2- معجم مقاييس اللغة، لابن فارس
3- الصحاح في اللغة، للجوهري
4- القاموس المحيط، للفيروز آبادي
5- لسان العرب، لابن منظور
6- معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء للدكتور نزيه حماد – الدار العالمية للكتاب الإسلامي 1995م
7 ـالقواعد النورانية الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية ، تخريج نشأت المصري، ومراجعة مصطفى العدوي، الرياض مكتبة الرشد طبعة أولى عام 2001
8- إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية
9 ـانتقال عبء الإثبات في دعوى التعدي والتفريط الى الأمين للدكتور حين حامد حسان ، بحث مقدم الى المؤتمر الفقهي الثالث للمؤسسات المالية الإسلامية بالكويت
10- قرارات ندوة البركة
11- فتح القدير، لابن الهمام
12- المغني لابن قدامة 7\167 ، تحقيق الدكتور عبد الله التركي، نشر دار عالم الكتب – الرياض- الطبعة الرابعة 1429هـ 1999م.
13- الكافي لأبن قدامة – المكتب الإسلامي – بيروت طبعة 5 ، 1988.
14- مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي
15- قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي
16- أحكام ضمان الصكوك وعوائدها للدكتور محمد العلي القري، أوراق ندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم جدة 1431
17- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي
18- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لابن رشد الحفيد
29- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، تأليف: عبد الرحمن بن محمد المدعو بشيخي زاده ، تحقيق: خليل عمران المنصور، نشر: دار الكتب العلمية – بيروت، 1419هـ 1998م،
20- حاشية الروض المربع جمع عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، الطبعة العاشرة 1425هـ

21- د. حسين حامد حسان ، عبء الإثبات في دعوى التعدي والتفريط إلى الأمين ، بحث مقدم إلى المؤتمر الفقهي الثالث للمؤسسات المالية الإسلامية – الكويت – الذي تنظمه شورى للاستشارات الشرعية بالكويت نوفمبر2009م
22- د. حسين حامد حسان ، دراسة حول بعض جوانب الصكوك المعاصرة – منشورة في موقعه الرسمي
23- اللباب في شرح الكتاب ، عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني
24- مجموع فتاوى ابن تيمية
25- المشاركة المتناقصة وأحكامها د. نزيه حماد مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة العدد الثالث عشر.
26- منتجات صكوك الإجارة للدكتور سامي إبراهيم السويلم ضمن أوراق ندوة الصكوك الإسلامية عرض وتقويم جدة 1431 هـ
27- المفردات في غريب القرآن – دار المعرفة – بيروت
28- مجلة الأحكام العدلية
29- الحاوي الكبير للماوردي طبعة دار الفكر بيروت 1414
30- مواهب الجليل على مختصر خليل للشيخ محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، نشر دار عالم الكتب – الرياض – 1423هـ - 2003م
31- المعايير الشرعية الصادرة من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية - البحرين
32- المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب البغدادي، طبعة المكتبة التجارية بمكة المكرمة
33- عقد الوكالة في الفقه الإسلامي لسيد محمد صادق الأنصاري - مكتبة جدة - الطبعة الأولى 1408هـ 1987 م
34- قرارات وتوصيات ندوة البركة الاقتصادية
35- الجامع الصحيح للترمذي، نشر جمعية المكنز الإسلامي – القاهرة – 1421هـ .
36- سنن أبي داود، تحقيق محمد عوامة، نشر دار القبلة – جدة – الطبعة الأولى 1419هـ - 1998م.
37- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ، للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، نشر المكتب الإسلامي – بيروت – الطبعة الأولى 1399هـ - 1979م

تعهُّد الأمين المُصدِر للصُّكوك بشِراء أصولها والموقف الفقهيُّ منه

إعداد

الدكتور/ أُسَيد بن محمد أديب الكيلاني

عضو لجنة المعايير الشَّرعية - هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسَّسات المالية الإسلامية

رئيس القطاع الشَّرعي الدولي - مصرف أبو ظبي الإسلامي



الحمد لله ربِّ العالمين حمدَ الشَّاكرين، والصَّلاة والسَّلام على المبعوث رحمةً للعالمين، وعلى آله وصحبه ومن اهتدى هديَه واستنَّ سنَّته إلى يوم الدِّين. وبعد :

فإن الصُّكوك التي تعرَّف بأنها : ((وثائق متساوية القيمة تمثِّل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو في موجودات مشروع معيَّن أو نشاط استثماري خاصٍّ ، وذلك بعد تحصيل قيمة الصُّكوك وقفل باب الاكتتاب ، وبدء استخدامها فيما أُصدِرت [الصُّكوك] من أجله))[1] ـ لا تزال بحاجة إلى بحثِ جملةٍ من المسائل الفقهية المحورية في هياكلها وإصداراتها المختلفة ، على تنوُّع الهياكل ، وتعدُّد الإصدارات . وإذا كانت الرَّوية والإتقان الفقهي مطلبٌ شرعيٌّ ديانيٌّ في بناء وصياغة وصناعة الأدوات المالية التي تطرحها الصَّيرفة الإسلامية ، فإنها آكد وأشدُّ طلباً في الصُّكوك ، نظراً لحجم إصداراتها التي حفلت بها الحقبة المتأخرة من عمر هذه الصَّيرفة ، والتي فاقت في بعض آحادها رؤوسَ أموال مؤسَّسات مالية إسلامية مجتمعة بأكملها ، ونظراً إلى أنها قد شكَّلت واجهة عالمية لهذه الصَّيرفة ، شرَّقت بسببها وغرَّبت ، وانتقلت بها من النِّطاق المؤسَّسي إلى النِّطاق الحكومي ، وعدَّت ـ بذاتها ـ معياراً فاعلاً لقياس مستوى نجاح هذه الصَّيرفة وكفاءتها ، وتوسُّعها وانتشارها .

ومن التَّوفيق اختيار إدارة ندوة ((مستقبل العمل المصرفي الإسلامي)) ، في دورتها الرَّابعة ، موضوعَ ((التَّعهدات الصَّادرة من مصدِر الصُّكوك لحامليها)) ، ليكون ضمن موضوعاتها.. وقد تأمَّلت في المسائل التي طلبت رسالة الاستكتاب بحثها، فوجدتُّها ترجع في مجملها إلى التَّعهد بشراء أصول الصُّكوك الذي يَصدر من المصدِر لصالح حامليها[2] ، فهذا هو الموضوع الجامع لها ، وما المسائل التفصيلية بعد ذلك إلا جزئيات تشملها فروعه الفقهيَّة ، وتحويها تضاعيفه البحثيَّة . ولذا فقد توجَّه العزم وصحَّ القصد لإفراده بالكتابة دون سواه من التَّعهدات الأخرى ، مع تناول المسائل الفرعية المطلوبة ، وغيرها ، مما يكتمل به

---

1 – المعيار الشَّرعي رقم (17) بشأن صكوك الاستثمار، البند (2) – المعايير الشَّرعية ص 238 . وانظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 178 (19/4) ، البند (أولاً) .

2 – ونقصد بالمصدِر: المؤسَّسة أو الجهة التي تُصدِر الصُّكوك ، وهي التي تسمَّى في الكثير من الهياكل بالملتزم (Obligor) ، ولا نقصد به الشركة ذات الغرض الخاص (SPV) ، التي تتطلَّب الإجراءات القانونية وجودها ، وهي التي يُطلَق عليها ـ في العادة ـ ((المصدِر)) . فهذه الشركة ليست هي المقصودة لنا ، وهي وحملة الصُّكوك سواءٌ في حديثنا ، لأنها هي التي تمثِّلهم في مواجهة المؤسَّسة أو الجهة التي عنيناها .

البحث ويصل به مبتغاه بعون الله تعالى ، حاصراً الحديث في التَّعهد الذي يكون فيه المصدِر للصُّكوك أميناً على رأس مال الصُّكوك أو أصولها ، لأنه هو الذي شاع في العمل ، وهو الذي اشتدَّ فيه الخلاف .

وسنرى في هذا البحث ـ بإذن الله تعالى ـ مصداق أهمية هذا التَّعهد في هياكل الصُّكوك،، وبرهان حاجته للبحث والتَّمحيص الفقهي ، وخطورة المضي بالتَّسليم به دون تمييز بين حال وحال ، و وضع وآخر.

وقد اشتمل البحث على ثلاثة مباحث، هي الآتية:

المبحث الأوَّل: حقيقة التَّعهد المقصود، ومجاله والغرض منه.

المبحث الثاني: الصُّكوك التي يكون مصدرِها أميناً، ومناط ضمانه.

المبحث الثَّالث: حكم تعهد مصدِر الصُّكوك الأمين بشراء أصولها.

أسأل المولى عزَّ وجلَّ التَّوفيق إلى الصِّدق في القول، والإخلاص في العمل، إنه وليٌّ ذلك والقادر عليه، وهو حسبي ونعم الوكيل.

المبحث الأوَّل
حقيقة التَّعهد المقصود، ومجاله والغرض منه

أولاً : حقيقة التَّعهد المقصود :

التَّعهد من العهد ، والعهد كما يقول الجرجاني : ((حفظ الشَّيء ومراعاته حالاً بعد حال،، هذا أصله ، ثم استعمِل في الموثِق الذي يلزم مراعاته ، وهو المراد))1 . وفي ((الكلّيات)) لأبي البقاء : ((العهد : الموثِق . و وضْعُه لما من شأنه أن يُراعَى ويُتعهَّد، كالقول والقرار واليمين والوصيَّة والضَّمان والحفظ والزَّمان والأمر [...] والعهد: الإلزام))2 . وبذا يكون التَّعهد: إلزام المرء نفسه بما يجب عليه الوفاء به باعتباره موثِقاً والتزاماً أوجبه على نفسه، فيلزمه حفظه وعدم الإخلال به. وهو بذلك مرادف للالتزام3 .

والتَّعهد بهذا المعنى يُرادِف الوعد الملزم4 ، لا الوعد المطلَق ـ غير الملزم من جهة القضاء ـ الذي يُعرَّف بأنه : ((إخبارٌ بمنافع لاحقة بالمخبَر من جهة المخبر في المستقبل))5 . ولانتفاء معنى الإلزام القضائي في هذا الوعد ، كان مقتضياً الإنجاز ، أما التَّعهد والوعد الملزم فيقتضيان الوفاء ، لمعنى الإلزام فيهما . يقول العسكري : ((العهد يقتضي الوفاء ، والوعد يقتضي الإنجاز))6 .

---

1 – التَّعريفات ص 165 . وانظر: التَّعريفات الفقهية للبركتي ، قواعد الفقه له ، ص 393 ؛ معجم مقاييس اللّغة 167/4 .

2 – ص 640-641 . وانظر : معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء للدكتور نزيه حمَّاد ص 334 ؛ معجم المصطلحات والألفاظ الفقهيَّة للدكتور محمود عبد الرَّحمن عبد المنعم 551/2 .

3 – انظر في المقصود بالالتزام : تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص 68 ؛ المدخل إلى نظرية الالتزامات العامَّة في الفقه الإسلامي للعلامة مصطفى الزرقا ص 93 ؛ نظرية الوعد الملزِم في المعاملات المالية للدكتور نزية حمَّاد ص 12، 29 .

4 – انظر : تعهدات مديري العمليات الاستثمارية للدكتور عبد السَّتار أبو غدَّة ص 140 .

5 – الواضح في أصول الفقه 106/1-107 .

6 – الفروق اللّغوية ص 57-58 .

وحيث اتَّضح المقصود بالتَّعهد، بمعناه العام، فإن التَّعهد بالمعنى الخاص الذي نريده في هذا البحث، والجاري به العمل في هياكل الصُّكوك، يَصدُر في قالب يتميَّز بالخصائص الآتية:

- أن المتعهِّد هو مصدِر الصُّكوك، والمتَعهَّد له هم حملة الصُّكوك.

- أن المتعهَّد به أو محلَّ التَّعهد هو شراء أصول الصُّكوك، أو شراء الصُّكوك بثمن يُنصُّ على طريقة تحديده. وشراء الصُّكوك في حقيقته شراءٌ للأصول التي تمثِّلها الصُّكوك، فلا فرق بين التَّعبير بشراء أصول الصُّكوك أو شراء الصُّكوك نفسها.

- أن تنفيذ التَّعهد معلَّق على تحقُّق وقائع أو حوادث معيَّنة أو على أوقات محدَّدة، سنأتي على ذكرها.

وفي ضوء ذلك ، فإن التَّعهد بمعناه الخاصُّ ـ المقصود لنا ـ يمكن أن يعرَّف بأنه : إلزام مصدِر الصُّكوك بشراء أصول الصُّكوك من حامليها إن تحقَّقت حوادث معيَّنة أو في أوقات محدَّدة ، بثمن يُنصُّ على كيفية تحديده ، بحيث يشكِّل ذلك التزاماً عليه ، يجب عليه الوفاء به .

ثانياً : مجال التَّعهد ، وغرضه :

مما يتأكَّد بواقع هياكل الصُّكوك أن تعهُّد مصدِر الصُّكوك بالشِّراء بالكيفية التي وصفناها، وعرَّفناها، يعدُّ مكوِّناً أساسياً في بناء أيٍّ من تلك الهياكل، يعزُّ أن ينفكَّ عنها، ويصعب بدونه أن يكتمل هيكل الصُّكوك من الناحية العلمية[1].

ويمكن أن نفهم هذه الأهمية للتَّعهد بالشِّراء إذا تعرَّفنا على الدَّور الذي يُراد لهذا التَّعهد أن يقوم به أو الأغراض العملية المقصود تحقيقها به. وقبل بيان هذه الأغراض ، نحتاج أن نقف عند بيان المجال الذي يستخدم فيه التَّعهد ، المتمثِّل في الوقت أو الأوقات والحوادث التي يعلَّق بها حقُّ حاملي الصُّكوك ، أو من يمثِّلهم ، في مطالبة المتعهِّد المصدِر للصُّكوك بتنفيذ تعهده ، وشراء الصُّكوك أو أصولها ، بالشُّروط التي التزم بالشِّراء بها .

فمصدِر الصُّكوك يتعهد بالشِّراء في :

1 – ما لم يوجد بديل له ، يعمَل عمله ، ويسدُّ مسدَّه ، ويحقِّق الأغراض المقصودة به ، على ما سنراه منها ، وقد بدأنا نرى بعض البدائل ، مع إرهاصات لبعضها الآخر .

- تاريخ ((إطفاء الصُّكوك))، وإنهاء الاستثمار فيها في نهاية مدَّة الإصدار، حيث يشتري المصدِر أصول الصُّكوك، وبذلك ينقلب حامل الصَّك من مالك لصكٍّ يمثِّل حصَّة شائعة في أصول الصُّكوك، إلى مالك لمبلغ نقدي، هو ثمن الشِّراء الذي جرى تنفيذه. وكما يكون هذا الإطفاء كلّياً يُنفَّذ مرَّة واحدة في نهاية مدَّة الإصدار، فإنه يمكن أن يكون جزئياً ينفَّذ في تاريخ (مواعيد) دورية في أثناء مدَّة الإصدار، فتُطفَأ الصُّكوك بذلك شيئاً فشيئاً، بشراء جزء محدَّدٍ من أصولها في كلِّ مرَّة دورية يُنفَّذ فيها الشِّراء .

- تاريخ ((استرداد الصُّكوك)) ، حيث يشتري المصدِر الصُّكوكَ نفسها من حاملها . ويسمَّى هذا الشِّراء استرداداً ، لأن نتيجته ردُّ الصُّكوك إلى مصدِرها بطلبٍ من حاملها.. والعادة أن يكون للاسترداد تاريخٌ أو تواريخ دوريَّة يكون لحامل الصُّكوك أن يطلب فيها الاسترداد من مصدِر الصُّكوك .

- حالات أو حوادث إخلال (أو إخفاق) المصدِر بأي من التزاماته العقدية التي تنصُّ عليها مستندات وعقود الصُّكوك.

- الحوادث التي تؤثِّر في الملاءة المالية للمصدِر، ووضعه الائتماني، بما قد ينزِل بهما عن مستوىً معيَّن يُقاس بمعايير متَّفقٍ عليها من أوَّل الأمر .

- حالات تغيُّر الظروف أو الأوضاع الاقتصادية العامَّة ، أو تغيُّر البيئة التَّشريعية أو التَّنظيمية التي تضع تعليماتها الجهات الرَّقابية العامَّة ، أو تغيُّر المتطلَّبات الضَّريبية ، بما يزيد في المخاطر التي يتحمَّلها حملة الصُّكوك ، أو يمنعهم من الاستمرار في حمل الصُّكوك ، أو يزيد في الأعباء والتَّكاليف المالية عليهم .

- حالة عدم تحقُّق الأرباح المتوقَّعة، بالنِّسبة أو المقدار المنصوص عليه في الإصدار.

- حالة انخفاض القيمة السُّوقية لأصول الصُّكوك عن قيمتها الاسمية التي اشتريَت بها عند الإصدار .

فهذه هي الأوقات أو التَّواريخ أو الحوادث أو الحالات التي يتعهَّد مصدِر الصُّكوك عادة بشراء الصُّكوك أو أصولها عند محِلِّها، وهي أفراد مجال التَّعهد. وقد يتَّسع مجال التَّعهد ليشملها كلها، و ربما أكثر منها، وقد يضيق ليقتصر على بعضها[1] .

---

1 – انظر على سبيل المثال نشرات الإصدار الخاصَّة بالصُّكوك الآتية: صكوك شركة نخيل – الصَّادرة في ديسمبر 2006 ص 12، 67 ؛ صكوك شركة الدَّار العقارية – الصَّادرة في مارس 2007 ص 4-5، 63-64 ؛ صكوك شركة الصِّناعات الوطنيَّة القابضة – الصَّادرة في أغسطس 2007 ص 50-51، 89 ؛ صكوك بنك الخليج الأوَّل – الصَّادرة في يوليو 2011 ص 15، 53 ، 69-72 .

ومن أفراد مجال التَّعهد التي سردناها يمكن أن نتبيَّن الأغراض العملية المقصودة باستخدامه، وهي التي يمكن إيجاز أهمها في الأغراض الآتية:

1) جعل الصُّكوك قابلة للتَّسييل : فوجود التَّعهد بالشِّراء ، الذي يوفِّر فرصة الاسترداد في تواريخ دوريَّة ، يجعل الصُّكوك أداة استثمارية مرنة قابلة للتَّسييل ، واسترجاع السيولة النَّقدية المستثمَرة فيها أو بعضها ، بحسب الثَّمن الذي تم التَّعهد بالشِّراء به ، فلا يكون المستثمِر مضطراً لإبقاء سيولته النَّقدية في الصُّكوك إلى أن يتم إطفاؤها في نهاية مدَّتها،، ولا سيما مع عدم وجود سوق ثانوية لبيع الصُّكوك فيها أو عدم وجود راغبٍ بشرائها . حيث يمكنه بالاسترداد ، ومطالبة مصدِر الصُّكوك بتنفيذ تعهُّده بالشِّراء ، تسييل الصُّكوك واسترجاع السُّيولة لتلبية حاجته الطَّارئة لها أو وضعها في استثمارٍ آخر أكثر جدوى أو أكثر أماناً من الصُّكوك التي سيَّلها .

2) التحوُّط لمخاطر الاستثمار في الصُّكوك : فبالتَّعهد بالشِّراء بالقيمة الاسمية للصُّكوك تتحقَّق الحماية للمبلغ المستثمَر من أن يَنقص بنقصان قيمة أصول الصُّكوك التي تبقى قائمة أو موجودة في تاريخ الاسترداد ، أو عند حدوث واقعة نقصان القيمة ، بحسب مجال التَّعهد كما مرَّ . وبذلك تنتفي عن حامل الصُّكوك - في هذه الحالة - مخاطر تقلُّبات السُّوق وعدم استقرارها . وإذا كان الثَّمن في التَّعهد شاملاً القيمة الاسمية للصُّكوك ومبلغاً مساوياً للرِّبح المتوقَّع، فإن الحماية - بالكيفية المذكورة - لا تقتصر على المبلغ المستثمَر وحده، بل تتَّسع لتشمل الرِّبح المتوقَّع أيضاً، بما يقي من مخاطر عدم تحقُّقه.

وبالمثل ، تتحقَّق بالتَّعهد بالشِّراء الحماية من مخاطر إخلال المصدِر بأيٍّ من التزاماته العقدية ، أو مخاطر انخفاض مستوى ملاءته المالية ، أو مخاطر تغيُّر الظُّروف والأوضاع الاقتصادية ، أو مخاطر تغيُّر القوانين أو التَّعليمات التَّنظيمية ، أو مخاطر ارتفاع الأعباء الضَّريبية ، أو غيرها من المخاطر التي قد يتعرَّض لها الاستثمار وتتعرَّض لها البيئة الاستثمارية .

3) رفع درجة التَّصنيف الائتماني للصُّكوك: فالتَّصنيف الائتماني يقيس قدرة مصدِر الصُّكوك على الوفاء بالتزامه لحملة الصُّكوك في الأوقات المتَّفق عليها، ويدخل في الالتزام هنا المبلغ الأصلي للصُّكوك (الذي يساوي قيمتها الاسمية) والرِّبح. ويتم هذا

التَّصنيف من خلال وكالات التَّصنيف العالمية[1] ، التي تصنِّف - في الأصل - ((سندات الدَّين)) التَّقليدية ، وهي تَستخدم معايير تصنيفها لهذه السَّندات في تصنيفها للصُّكوك[2] . وكلَّما ارتفعت درجة التَّصنيف الائتماني للصُّكوك زادت فرصة تسويقها، وإقبال المستثمرين عليها. فالمستثمرون ، ومنهم المؤسَّسات المالية المحلية أو الدولية ، تعتمد على درجة التَّصنيف الائتماني للصُّكوك في قياس مخاطر الاستثمار فيها،، وموازنة هذه المخاطر بمقدار الرِّبح الذي يمكن تحصيله منها ، ومن ثمَّ اتخاذ القرار الاستثماري فيها من عدمه ، من غير أن تتعمَّق بنفسها في قياس هذه المخاطر ، أو تلتفت إلى طبيعة هيكلها . وتحجم هذه المؤسَّسات عن الاستثمار في الصُّكوك التي تنخفض درجة تصنيفها الائتماني ، ولا تلتفت - من باب أولى - إلى الصُّكوك غير المصنَّفة . ومن هنا، تظهر أهمية درجة التَّصنيف الائتماني لمصدِري الصُّكوك والمستثمرين فيها على السَّواء.

ومن أهم أسس التَّصنيف الائتماني للصُّكوك، وتحديد درجته، من قبل وكالات التَّصنيف، التَّعهد بالشِّراء من قبل مصدِر الصُّكوك وثمن هذا الشِّراء. فهذا التَّعهد يقابِل في نظرهم ومعاييرهم الضَّمان من المصدِر في ((سندات الدَّين)) ، فيقاس بمقاييسه ، ويوزَن بموازينه ، لأنه أداة توقِّي مخاطر خسارة المبلغ المستثمَر واسترجاع القيمة الاسمية للصُّكوك ، ومخاطر عدم تحقيق الرِّبح المرجو تحقيقه ، على نحو ما قدَّمناه قبل قليل ، وما سنفصِّله في موضعه من المبحث الثَّالث .

ومن هذه الأغراض التي أجملناها، تتأكَّد أهمية التَّعهد بالشِّراء في هياكل الصُّكوك، فبدونه تختلُّ تلك الهياكل، وتغدو ناقصة لفقدها مكوِّناً جوهرياً لا تقوم على ساقها بدونه - في الغالب الأعم - من الوجهة الفنيَّة العملية.

---

1 – وأكبرها : "Standard & Poors" ، "Moody’s" ، "Fitch" .

2 – حيث تنظر للكلِّ على أنها ((أدوات دَين)) . وانظر : تقرير (Moody's) بعنوان : (Shari'ah and Sukuk: A Moody's Primer) الصَّادر في (31 مايو 2006) ص 5 .

المبحث الثَّاني
الصُّكوك التي يكون مصدرِها أميناً ومناط ضمانه

أولاً: طوائف وأفراد الأمناء في الشَّرع:

الأمناء، وهم الذين يحوزون ملك الغير بإذنه، لا بقصد تملُّكه[1]، فتكون يدهم عليه ((يد أمانة)) أو ((يداً أمينة أو مؤتمَنَة)) . ينقسمون فقهاً إلى ثلاث طوائف ، بحسب من تعود إليه المصلحة من تلك الحيازة . وهذه الطَّوائف هي الآتية[2] :

الطَّائفة الأولى : من تحوز ملك الغير لمصلحة تعود إليه وحده . ومن أفراد هذه الطَّائفة:: الوديع ، والوكيل ، دون أجر .

---

1 – وبذلك يخرج الحائز لملك الغير على سَوم شرائه . (انظر: القواعد في الفقه لابن رجب ص 194) .

2 – انظر: بدائع الصَّنائع 210/4 ؛ المحيط البرهاني 122/18 ؛ شرح المجلة للأتاسي 220/3–221 ؛ المعونة 1097/2، 1122، 1157، 1241 ؛ القوانين الفقهيَّة ص 287 ؛ الذخيرة 502/5–503 ؛ الفروق (الفرق 111) 207/2 ، (الفرق 217) 27/4 ؛ بداية المجتهد 409/2 ؛ نهاية المطلُب 156/8–157، 160 ؛ الحاوي الكبير 501/6 ؛ مغني المحتاج 216/2، 230، 351 ؛ المنثور في القواعد 323/2 ؛ المغني 189/5، 192 ؛ القواعد في الفقه لابن رجب ص 193–197 ، الموسوعة الفقهيَّة 236/6، 277/45 ؛ انتقال عبء الإثبات في دعوى التَّعدي والتَّفريط إلى الأمين للدكتور حسين حامد حسَّان ص 238، 239 ؛ قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد للدكتور نزيه حمَّاد ص 368–369 .

الطَّائفة الثانية: من تحوز ملك الغير لمصلحة تعود إلى الحائز وحده. ومن أفراد هذه الطَّائفة: المستعير.

الطَّائفة الثالثة: من تحوز ملك الغير لمصلحة تعود إلى المالك والحائز معاً. ومن أفراد هذه الطَّائفة : المضارب ، والشَّريك (في شركة عقدٍ) ، والمزارع ، والمساقي ، والمستأجِر ، والأجير الخاصُّ ، والوديع والوكيل بأجر ، والمرتهن . ويَظهر أن الوكيل بالاستثمار معدودٌ في أفراد هذه الطَّائفة ، في الحالة التي يكون فيها وكيلاً بأجرٍ أو أجرٍ وحافزٍ يحصل عليه ، يتَّمثل فيما قد يزيد من الرِّبح المتحقّق عن مبلغ معيَّن أو نسبة محدَّدة من المبلغ المستثمَر ، وفق الجاري عليه العمل اليوم في الوكالات بالاستثمار[1] ، فتكون له بهذا الأجر أو الأجر والحافز مصلحة في حيازة المبلغ المستثمَر[2] .

ثانياً : صيغ الصُّكوك التي يكون مصدِرها أميناً :

ليس الغرض هنا أن نفصِّل في مكوِّنات صيغ الصُّكوك ، أو متطلباتها الإجرائية ، أو القانونية ، بالوضعيَّة التي هي عليها اليوم ، وإنما الغرض أن نتبيَّن أهم الصِّيغ المستخدمة في الإصدارات التي شهدتها سوق الصُّكوك ، مكتفين في وصفها وبيانها بالعلاقة العقدية القائمة بين حملة الصُّكوك (أو من يمثِّلهم ، كالشركات ذات الغرض الخاص) ومصدِر الصُّكوك ، مقتصرين على الصِّيغ التي يكون فيها المصدِر - في تلك العلاقة - أميناً في مواجهة حملة الصُّكوك ، وفقاً لما تقدَّم من طوائف وأفراد الأمناء .

والصِّيغ التي نقصدها هي الآتية:

---

1 - وقد جاء في المعيار الشَّرعي رقم (23) بشأن الوكالة وتصرف الفضولي ، في البند (2/4- و) ، أنه : ((يجوز أن يضاف إلى الأجرة المعلومة نسبة من الناتج المحدَّد للعملية الموكَّل بها ، وذلك على سبيل التَّحفيز)) . (المعايير الشَّرعية ص 328) . وانظر : قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 123 (13/5) بشأن القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسَّسات المالية (حسابات الاستثمار) البند (عاشراً) . (قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص416) .

2 - وليس كلُّ من أوردناهم من أفراد الأمناء يلحقهم هذا الوصف باتفاق الفقهاء ، فقد اختلف الفقهاء في المستعير والمرتهن - ممَّن ذكرنا - ، كما اختلفوا في الأجير المشترك ، والصُّناع . (انظر : مختصر اختلاف العلماء 85/4-86، 185/4 وما بعدها ، 309/4 وما بعدها ؛ الإفصاح عن معاني الصِّحاح 310/1-311، 17/2-18، 36-37 ؛ القوانين الفقهيَّة ص 287-288 ؛ بداية المجتهد 409/2-410) .

1) صكوك المضاربة1 : وفيها تكون العلاقة بين حملة الصُّكوك ومصدِرها ، علاقة مضاربة،، مصدِر الصُّكوك هو المضارب ، وحملة الصُّكوك هم أرباب المال..

2) صكوك المشاركة2 : وفيها تكون العلاقة بين حملة الصُّكوك ومصدريها علاقة مشاركة ، فكل واحدٍ منهم شريك بمقدار حصَّته في رأس مال الصُّكوك أو موجوداتها ، ويكون المصدِر - في العادة - شريكاً ومديراً ، يدير المشاركة بالوكالة عن حملة الصُّكوك في حصصهم وبالأصالة عن نفسه في حصَّته .

ولصكوك المشاركة صورٌ متعدِّدة في التنفيذ ، منها :

- أن يتم إصدار الصُّكوك، وجمع حصيلتها، وضم حصَّة المصدِر إليها، واستثمار الجميع (رأس مال الصُّكوك) في نشاط أو مشروع أو محفظة أو وعاء دارٍّ للرِّبح.

- أن يبيع المصدِر لحملة الصُّكوك جزءاً شائعاً من محفظة استثمارية يملكها أو يملك حصَّة فيها، ويُبقي لنفسه ملكية الجزء الآخر أو حصَّة في المحفظة.

- أن يبيع المصدِر لحملة الصُّكوك جزءاً شائعاً من أعيانٍ مؤجرة معيَّنة، ويحتفظ بملكية الجزء الآخر.

3) صكوك الوكالة: وفيها تكون العلاقة بين حملة الصُّكوك ومصدِرها، علاقة وكالة، فيكون مصدِر الصُّكوك وكيلاً، وحملة الصُّكوك هم الموكّلون.

ولصكوك الوكالة أكثر من صورة،، تتنوَّع بتنوع محلِّ الوكالة . ومن هذه الصور :

- الوكالة بالاستثمار: حيث يتولى الوكيل (المصدِر) استثمار حصيلة الصُّكوك بالوكالة عن حاملي الصُّكوك . وهذه الصورة هي الأكثر شيوعاً من صور صكوك الوكالة3 .

- الوكالة بالإدارة: وهذا في حالة بيع مصدِر الصُّكوك أعياناً مؤجرة لحملة الصُّكوك1، حيث يتولى إدارة تلك الأعيان بالوكالة عن حاملي الصُّكوك، فيقوم

---

1 – انظر في هذه الصُّكوك : قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 30 (4/3) بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار – قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص 119–126 ؛ المعيار الشّرعي رقم (17) بشأن صكوك الاستثمار . البند (7/5/1/5) – المعايير الشّرعية ص 241 .

1 – انظر في هذه الصُّكوك : المعيار الشّرعي رقم (17) بشأن صكوك الاستثمار ، البند (5/1/ 6/5) – المعايير الشّرعية ص 241 .

3 – انظر في صكوك الوكالة بالاستثمار : المعيار الشّرعي رقم (17) بشأن صكوك الاستثمار ، البند (8/5/1/5) – المعايير الشّرعية ص 241 .

بتحصيل الأجرة، وتجديد عقود التأجير، وتأجير ما يشغر من تلك الأعيان أو إبدالها بأعيان مؤجرة أخرى ، وغير ذلك مما يتولاه المؤجر في الأصل[2] .

- الوكالة بالبيع : وهذا في حالة بيع مصدِر الصُّكوك منافع (أو خدمات) ، بصفقة كبيرة ، لحاملي الصُّكوك ، حيث يتولي المصدِر بعد ذلك بيع تلك المنافع بالوكالة عن حاملي الصُّكوك للمشترين منه بالتَّجزئة[3] .

4) صكوك الإجارة: وفيها تكون العلاقة بين حملة الصُّكوك ومصدِرها، علاقة إجارة. حيث يستأجر المصدِر الأعيانَ من حملة الصُّكوك ، بعد شرائهم لها .

ففي جميع هذه الصِّيغ[4] ، يكون مصدِر الصُّكوك ، المضارب أو الشَّريك أو الوكيل أو المستأجِر ، حائزاً لأموال أو موجودات الصُّكوك بصفته أميناً بالمعنى الشَّرعي ، لا تعدو أن تكون يده عليها ((يدَ أمانة)) ، فلا يسأل عنها إلا في حدود ما تتحمَّله هذه اليد من ضمان ، وهو ما نبيِّنه في النُّقطة الآتية .

ثالثاً : مناط ضمان الأمين (المصدِر للصُّكوك) :

قدَّمنا أن المضارب والشَّريك والوكيل والمستأجِر، المصدرين للصُّكوك، أمناء على ما يحوزونه من أموال حملة الصُّكوك، ويدهم عليها يد أمانة.

ويد الأمانة - بخلاف يد الضَّمان[5] - لا تتحمَّل شرعاً تبعة هلاك أو ضياع أو خسارة ما تحوزه من أموال ، ما لم يكن ذلك راجعاً إلى فعلها ، بأن كان ناتجاً – على التَّفصيل - عن

---

1 - وهو ما يعرف بالتَّصكيك أو التَّوريق . (انظر : قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 137 (15/3) ، البند 1 ؛ المعيار الشَّرعي رقم (17) بشأن صكوك الاستثمار ، البند (2/1/5) – المعايير الشَّرعية ص 240) .

2 - والشَّائع تسمية هذه الصُّكوك ((صكوك الإجارة)) ، باعتبار ما يملكه حملة الصُّكوك ، حيث يملكون أعياناً مؤجرة ، وهي التَّسمية التي اختارها قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المشار إليه في الهامش السَّابق .

3 - وقد استخدمت هذه الصورة مؤخراً في ((صكوك سالك)) بدبي .

4 - ومثلها صكوك المزارعة ، وصكوك المساقاة ، حيث يكون المصدِر للصُّكوك مزارعاً أو مساقياً ، ولم نذكر هذه الصُّكوك ضمن الصِّيغ التي أوردناها لعدم وقوفنا على تطبيق لها . انظر في هاتين الصِّيغتين : المعيار الشَّرعي رقم (17) بشأن صكوك الاستثمار ، البند (9/5/1/5) ، البند (10/5/1/5) – المعايير الشَّرعية ص 242 .

5 - انظر : الحاوي الكبير 501/6 ؛ المنثور في القواعد 323/2 وما بعدها ؛ الأشباه والنَّظائر للسيوطي ص 578-579 ؛ قضايا فقهيَّة معاصرة في المال والاقتصاد للدكتور نزيه حمَّاد ص 367-368 .

التَّعدي ، بفعل ما لا يجوز شرعاً ، أو التَّقصير (التَّفريط) ، بترك ما يجب شرعاً ، أو مخالفة شروط التَّعاقد . ويُجمل كثيرٌ من الفقهاء العبارة فيقتصرون على التَّعدي أو التَّفريط ، فيكون مقصودهم بالتَّعدي مجاوزة ما أوجبه الشَّرع ونصَّ عليه العقد ، ومقصودهم بالتَّفريط ترك ما أوجبه الشَّرع أو نصَّ عليه العقد . وقد يقتصرون على التَّعدي ، قاصدين أصل معناه وهو المجاوزة بعمومها ، وهي تشمل المجاوزة الإيجابية بفعل ما منعه الشَّرع أو العقد ، والمجاوزة السَّلبية بترك ما أوجبه الشَّرع أو العقد1 .

فهذا هو مناط ضمان يد الأمانة شرعاً، حيث تضمن المثليَّ بمثله والقيميَّ بقيمته يوم وقع الفعل الموجب للضَّمان2 . فضمانها محصورٌ في هذا المناط ومقتصرٌ عليه، وفيما عداه تبقى على أصل حالها من الأمانة وانتفاء الضَّمان - بأي وجهٍ - عنها. وفي هذا تنصُّ المادة (768) من (مجلّة الأحكام العدلية) ، على أن : (الأمانة [ما تحوزه يد الأمانة] لا تكون مضمونة ، يعني إذا هلكت أو ضاعت بلا صُنع الأمين ، ولا تقصيرٍ منه ، لا يلزمه الضَّمان)3. وجاء في (المغني) في ضمان المضارب : (ولا ضمان عليه فيما يَتلف بغير تعديه أو تفريطه)4. ويقول في (مغني المحتاج): (ويَد الوكيل يد أمانة ، وإن كان بجعلٍ [...] ، فلا يَضمن ما تلف في يده بلا تعدٍّ ، فإن تعدَّى في العين بلبسٍ أو ركوبٍ أو نحو ذلك ، ضمن ، بخلاف ما لو تلف بلا تعدٍّ ، كغيره من الأمناء فيهما)5. وفي (بدائع الصَّنائع): (لا خلاف في أن المستأجَر أمانة في يد المستأجِر، كالدَّار والدَّابة وعبد الخدمة ، ونحو ذلك ، حتى لو هلك في يده بغير صنعه لا ضمان عليه ، لأن قبضَ الإجارة قبضٌ مأذونٌ فيه ، فلا يكون مضموناً)6 .

---

1 - انظر : بدائع الصَّنائع 35/6، 211 وما بعدها ؛ بداية المجتهد 408/2 ؛ كشَّاف القناع 199/3 ؛ الحاوي الكبير 501/6 ؛ المنثور في القواعد 323/2 ؛ الأشباه والنَّظائر للسيوطي ص 578-579 ؛ انتقال عبء الإثبات للدكتور حسين حامد حسَّان ص 234-235 ؛ قضايا فقهيَّة معاصرة في المال والاقتصاد للدكتور نزيه حمَّاد ص 369 ؛ أحكام الضَّمان في الفقه الإسلامي العام للدكتور محمد فوز فيض اللّه ص 19 ؛ قرارات وتوصيات النَّدوة الفقهيَّة الثَّالثة لمصرف أبوظبي الإسلامي البند (1/1) .

2 - انظر : المعونة 1212/2-1213 ؛ المنثور من القواعد 335/2-336 . الأشباه والنَّظائر للسيوطي ص 571 .

3 - شرح المجلة للأتاسي 224/3 .

4 - 189/5 .

5 - 230/2 .

6 - 210/4 .

وهذا ما درجت عليه، وأكّدته، القرارات المجمعيَّة، والمعايير الشَّرعية، بشأن من ذكرنا من الأمناء المصدِرين للصُّكوك. وبيان ذلك في الآتي :

- ففي المضارب : نصَّ قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 30 (4/5) بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار ، في البند (أولاً) ، على أن : (يد المضارب على حصيلة الاكتتاب في الصُّكوك ، وعلى موجودات المشروع ، هي يد أمانة ، لا يضمن إلا بسبب من أسباب الضَّمان الشَّرعية)1 . ونصَّ قرار المجمع نفسه رقم 123 (13/5) بشأن القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسَّسات المالية (حسابات الاستثمار) ، في البند (الثاني عشر) ، على أن : (المضارب أمينٌ ، ولا يضمن ما يقع من خسارة أو تلفٍ إلا بالتَّعدي أو التَّقصير ، بما يشمل مخالفة الشُّروط الشَّرعية أو قيود الاستثمار المحدَّدة التي تمَّ الدُّخول على أساسها)2 . وجاء في المعيار الشَّرعي رقم (13) بشأن المضاربة ، في البند (4/4) ، أن: (المضاربة من عقود الأمانات ، والمضارب أمينٌ على ما في يده من مال المضاربة ، إلا إذا خالف شروط عقد الأمانة ، فتعدَّى على مال المضاربة، أو قصَّر في إدارة أموال المضاربة ، أو خالف شروط عقد المضاربة ، فإذا فعل واحداً أو أكثر من ذلك فقد أصبح ضامناً لرأس المال)3 .

- وفي الشَّريك: جاء في المعيار الشَّرعي رقم (12) بشأن الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة، في البند (1/4/1/3)، أن: (يد الشركاء على مال الشركة يد أمانة، فلا ضمان على الشَّريك إلا بالتَّعدي أو التَّقصير. ولا يجوز أن يُشترط ضمان أي شريك لرأس مال شريك آخر)4 .

- وفي الوكيل: نصَّ قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 137 (15/3) بشأن صكوك الإجارة ، في البند (8) ، أنه:: (لا يجوز أن يضمن مصدِر الصُّكوك أو مديرها أصل قيمة الصَّك أو عائده ، وإذا هلكت الأعيان المؤجرة كلياً أو جزئياً فإن غُرمها على حملة الصُّكوك) . والإدارة مدارها على الوكالة . كما نصَّ المعيار الشَّرعي رقم (23) بشأن الوكالة وتصرُّف الفضولي ، في البند (2/5) ، على أن : (يد الوكيل يد أمانة لا تضمَن ، إنما يضمَن الوكيل بالتَّعدي أو التَّقصير أو مخالفة شروط الوكالة

---

1 - قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص 122 . وانظر: قرار المجمع نفسه رقم 86 (9/3) بشأن الودائع المصرفية (حسابات المصارف) . البند (ثانياً/ب) - المرجع نفسه ص 291 .
2 - المرجع السَّابق ص 417 .
3 - المعايير الشَّرعية ص 184 .
4 - المرجع السَّابق ص 164 .

وقيودها ، ما لم تكن إلى ما هو أفضل للوكيل ...)1 . وفي المعيار الشَّرعي رقم (5) بشأن الضَّمانات ، ورَد في البند (1/2/2) ، أنه : (لا يجوز اشتراط الكفالة أو الرَّهن في عقود الأمانة ، مثل عقد الوكالة أو الإيداع ، لمنافاتهما لمقتضاها ، مالم يكن اشتراطهما مقتصراً على حالة التَّعدي أو التَّقصير أو المخالفة ، وبخاصة عقود المشاركات والمضاربة، حيث لا يجوز اشتراط الضَّمان على المضارب أو وكيل الاستثمار أو أحد الشركاء ...)2 . وذهب قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 178 (19/4) بشأن الصُّكوك الإسلامية (التَّوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها ، في البند (ثالثاً/2) ، إلى أن : (مدير الصُّكوك أمينٌ لا يضمن قيمة الصَّك إلا بالتَّعدي أو التَّقصير أو مخالفة شروط المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في الاستثمار) .

- وفي المستأجر : جاء في القرار رقم 13 (3/1) بشأن استفسارات البنك الإسلامي للتَّنمية ، في البند (ب/خامساً)،، أن : (تبعة الهلاك [للمعدات المؤجرة] والتعيُّب تكون على البنك [المؤجِر] بصفته مالكاً للمعدات ، ما لم يكن ذلك بتعدٍّ أو تقصير من المستأجِر ، فتكون التَّبعة عندئذٍ عليه)3 . ونصَّ القرار رقم 110 (12/4) بشأن موضوع الإيجار المنتهي بالتَّمليك وصكوك التَّأجير ، على أن من ضوابط الصور الجائزة للإيجار المنتهي بالتَّمليك : (أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك [المؤجِر] لا على المستأجِر، وبذلك يتحمَّل المؤجِر ما يلحق العين من تلفٍ ناشئٍ من تعدي المستأجِر أو تفريطه ...)4 . وجاء في المعيار الشَّرعي رقم (5) بشأن الضَّمانات ، في البند (3/2) ، على أن : (ضمان العين المؤجرة على مالكها ، وهي أمانة في يد المستأجِر ، فلا يجوز اشتراط الكفالة أو الرَّهن ونحوهما على المستأجِر للاستيفاء عند هلاك العين المؤجرة ، ما لم يكن الاشتراط مقتصراً على حالات التَّعدي أو التَّقصير أو المخالفة ، ويترتب على ذلك أن المؤجر يتحمَّل تبعة الهلاك ، ما لم ينشأ بسبب تعدي المستأجِر أو تقصيره ...)5 .

ومن كلِّ ما سبق ، يتحصَّل أن الأمين المصدِر للصُّكوك ، سواءٌ أكان مضارباً أم شريكاً أم وكيلاً أم مستأجِراً ، في العلاقة الشَّرعية التي تربطه بحملة الصُّكوك ، لا يجوز له أن يضمن رأس مال الصُّكوك أو أصولها ، سواء أكان الضَّمان كلياً أم جزئياً ، لأعيان أصولها أم لمنافعها ، لقيمة أصولها أم لقيمتها الاسمية ، فكل ذلك محرَّم شرعاً ، لمنافاته

1 – المرجع السَّابق ص 328 .
2 – المرجع السَّابق ص 48 .
3 – قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص 70 .
4 – المرجع السَّابق ص 375 .
5 – المعايير الشَّرعية ص 48 .

مقتضى أمانة يد المصدِر1 ، ولما يفضي إليه من المراباة2 ، وما ينطوي عليه من أكل المال بالباطل3 . ولذا فقد نصَّ البند (7/8/1/5) من المعيار الشَّرعي رقم (17) بشأن صكوك الاستثمار ، في موضوع ضمان القيمة الاسمية للصُّكوك ، على أن مما يلزم مراعاته في نشرة إصدار الصُّكوك : (أن لا تشتمل النَّشرة على أي نصٍّ يَضمن به مصدِر الصَّك لمالكه قيمة الصَّك الاسمية ، في غير حالات التَّعدي أو التَّقصير ...) 4. والمقصود بذلك المصدِر الأمين ، كما هو المقتضى .

1 – يقول القاضي عبد الوهاب ، في اشتراط الضَّمان على المضارب : ((أصل القراض موضوعٌ على الأمانة ، فإذا شُرط فيه الضَّمان فذلك خلاف موجب أصله ، والعقد إذا ضامه شرطٌ يخالف موجب أصله وجب بطلانه)) . (المعونة 1122/2) .

2 – يقول الدكتور عبد الستار أبو غدَّة : ((يتنافى الضَّمان مع كلٍّ من المضاربة أو المشاركة أو الوكالة ، وهي الصِّيغ التي تدار بها الصُّكوك ، فلا يتحمَّل المصدِر الخسارة ، ولا يضمن رأس مال حامل الصَّك ، لأن ذلك يحوِّل العملية إلى ربا ، حيث يحصل حامل الصَّك على ربحٍ لما ليس ضامناً له ، وقد نهى النَّبي صلَّى اللّه عليه وسلَّم عن ربح ما لم يُضمن)) . (بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية 40/11) . والحديث أخرجه : الترمذي وأبو داوود والنسائي ، ولفظه عند الترمذي أن رسول اللّه صلَّى اللّه عليه وسلَّم قال : ((لا يحلُّ سلفٌ وبيع ، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يُضمن ، ولا بيع ما ليس عندك)) . وقد قال فيه : ((وهذا حديث حسنٌ صحيح)) . (سنن الترمذي 535/3–536 ؛ سنن أبي داود 769/3–775 ؛ سنن النسائي 295/7) .

وانظر في هذا المعنى : أحكام ضمان الصُّكوك وعوائدها للدكتور محمد القري ص 243 ؛ ملكية حملة الصُّكوك وضماناتها للدكتور حامد ميرة ص 92 .

3 – يقول الشَّوكاني في ((السَّيل الجرار)) ، بمناسبة الحديث عن ضمان المستأجَر للحمل : ((ولا يَضمن إلا إذا حصلت منه جناية أو تفريط ، فإن التَّضمين حكمٌ شرعي يستلزِم أخذ مال مسلم معصوم بعصمة الإسلام ، فلا يجوز إلا بحجَّة شرعية ، وإلا كان ذلك من أكل أموال الناس بالباطل)) . (3/ 200) .

4 – المعايير الشَّرعية ص 243 .

المبحث الثَّالث

حكم تعهد مصدِرِ الصُّكوك الأمين بشراء أصولها

يختلف حكم التَّعهد بالشِّراء من مصدِرِ الصُّكوك ، بالمعنى الذي قدَّمناه ، في الأحوال التي يكون فيها أميناً ، بأن يكون مضارباً أو شريكاً أو وكيلاً أو مستأجِراً ، باختلاف طريقة تحديد الثَّمن الذي تعهَّد بشراء أصول الصُّكوك - أو الصُّكوك نفسها - به . ولتحديد الثَّمن في التَّعهد بالشَّراء ثلاثة طرقٍ : فهو إما أن يكون مقدَّراً - محدَّداً - ابتداءً في مستند التَّعهد ، وإما أن يتحدَّد بقيمة أصول الصُّكوك عند تنفيذ التَّعهد ، وهذه القيمة تقاس بمعايير فنيَّة مختلفة ، وإما أن يُترك لما يتم الاتفاق عليه بين المصدِرِ وحملة الصُّكوك (أو من يمثِّلهم) عند تنفيذ التَّعهد .

أولاً : التَّعهد بالشِّراء بثمنٍ متَّفقٍ عليه ابتداءً :

ويكون ذلك بتعهد مصدرِ الصُّكوك بشراء أصولها (أو شرائها) بقيمتها الاسمية (وهي التي تساوي رأس المال الذي تمَّ إصدارها به) ، أو بها ومعها مقدارٌ زائدٌ يغطِّي الرِّبح أو قدراً منه ، أو بمبلغ محدَّدٍ أقلَّ منها[1] . وفي جميع هذه الصور يكون الثُّمن محدَّد المقدار ابتداءً ، ولو في جزءٍ منه ، وهو الثَّمن الذي التزم المصدِرِ بشراء أصول الصُّكوك به في التَّواريخ أو الأحداث المنصوص عليها في التَّعهد .

وقد اختلف المعاصرون - الذين وقفنا على آرائهم - في حكم التَّعهد بالشِّراء بالثَّمن المذكور، الذي يَصدر من المضارب أو الشَّريك أو الوكيل بالاستثمار، المصدرين للصُّكوك، على قولين :

القول الأوَّل: أنه لا يجوز لمصدِرِ الصُّكوك، المضاربِ أو الشَّريك أو الوكيل بالاستثمار ، التَّعهد بشراء أصول الصُّكوك من حامليها بثَمنٍ محدَّد المقدار ابتداءً ، لما في هذا التَّعهد من ضمانٍ لتلك الأصول بمقدار ذلك الثَّمن مهما قلَّ . وإذا زاد مقدار الثَّمن عن

1 - وفي العادة يتكوَّن الثَّمن المتعهَّد بالشِّراء به ، من مبلغ مساوٍ لـ : (أ) القيمة الاسمية للصُّكوك أو المتبقِّي منها . (ب) الرِّبح (أو الدفعات الدَّورية) غير المدفوع عن أي فترة سابقة (وإن لم يتحقَّق فعلاً) . (ج) المبالغ المستحقَّة لأي تمويل ممنوح من المصدِرِ لحملة الصُّكوك (أو من يمثِّلهم) . وقد يتم الاقتصار على (أ) و (ب) . وقد تضاف مكوِّنات أخرى . (انظر نشرات الإصدار الخاصَّة بالصُّكوك الآتية : صكوك شركة الصِّناعات الوطنية القابضة - الصَّادرة في أغسطس 2007 ص 89 ؛ صكوك شركة موانىء دبي العالمية - الصَّادرة في يونيو 2007 ص 151-152 ؛ صكوك مركز دبي المالي العالمي - الصَّادرة في يونيو 2007 ص 11-12) .

القيمة الاسمية للأصول ، فإن الضَّمان يمتد إلى الرِّبح بمقدار الزيادة . وهؤلاء جميعاً أمناء، لا يجوز لهم أن يضمنوا ما يحوزونه بموجب عقد المضاربة أو المشاركة أو الوكالة بالاستثمار ، في غير حال التَّعدي أو التَّقصير أو مخالفة الشُّروط ، ولا يجوز لهم - بالأولى - أن يضمنوا شيئاً من الرِّبح . وفي هذا يقول الدكتور نزيه حمَّاد في منع التزام الشَّريك (المتموِّل) في المشاركة المتناقصة ، بوعدٍ ملزمٍ ، بشراء حصص الشَّريك (المموِّل) بثمن محدَّدِ المقدار : (إذ لو حُدِّد ثمن حصص المموِّل فيها بما قامت عليه - أو بأكثر - لأدَّى ذلك إلى مسألة خفيِّة محظورة ، وهي ضمان العميل للمموِّل [المؤسَّسة] رأسَ مال المشاركة الذي ساهم فيه ، بالإضافة إلى ربح أو ريع حصَّته في العقار أو المشروع المشترك ...)1 . وقد ذهب إلى هذا القول كثيرٌ من المعاصرين2 .

القول الثاني : أنه يجوز لمصدر الصُّكوك ، المضارب أو الشَّريك أو الوكيل بالاستثمار ، التَّعهد بشراء أصول الصُّكوك من حامليها بثمنٍ محدَّدِ المقدار ابتداءً ، حيث يحقّق هذا التَّعهد نوعاً من الحماية لرأس مال الصُّكوك وحده (إن كان الثَّمن مساوياً للقيمة الاسمية للأصول) أو مع هامش ربح (إن كان الثَّمن أكثر من القيمة الاسمية للأصول) ، وهو وسيلة للتحوُّط المشروع من مخاطر السُّوق وانخفاض سعر أصول الصُّكوك . وقد ذهب إلى هذا القول بعض المعاصرين3 .

---

1 - المشاركة المتناقصة وأحكامها في ضوء وضوابط العقود المستجدة ص 522 .

2 - انظر في القول به : المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة للدكتور وهبة الزحيلي ص 497؛ الصُّكوك وتطبيقاتها المعاصرة للشيخ محمد تقي العثماني ص 5-8 ؛ تعهدات مديري العمليَّات الاستثمارية للدكتور عبد السَّتار أبو غدَّة ص 142، 152، 153، 156 ؛ صكوك الإجارة – خصائصها وضوابطها للدكتور علي القره داغي ص 48 ؛ تعهدات مديري العمليَّات الاستثمارية للدكتور موسى آدم ص 173، 178 ؛ الشركة المتناقصة للدكتور أحمد محي الدِّين ص 19 ؛ ملكية حملة الصُّكوك وضماناتها للدكتور حامد ميرة ص 91-92 ؛ الضَّمانات في الصُّكوك الإسلامية للدكتور عبد اللّه بن محمد العمراني ص 10 ؛ المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة للدكتور عجيل النَّشمي ص 574 . وقد علَّل الدكتور عجيل المنع بأنه : ((حذراً من الغبن والضَّرر الذي قد يقع فيه أحد الطَّرفين)) .

3 - انظر : حماية رأس المال وحده أو مع هامش ربح معيَّن للدكتور حسين حامد حسَّان ص 32-33 ؛ إصدار الصُّكوك بمراعاة المقاصد والمآلات وملكية حملتها وضماناتها للدكتور حسين حامد حسَّان ص 72 ؛ المشاركة المتناقصة وضوابطها الشَّرعية للدكتور قطب سانو ص 40 . وقد علَّق بالقول : ((وبطبيعة الحال ، ليس بخافٍ في أن اعتماد القيمة الاسمية عند بيع المؤسَّسة حصصها [في المشاركة المتناقصة] يمكن أن يَحول دون وقوع نزاعٍ أو خصامٍ بين الطَّرفين في حالة تغيُّر الأثمان بارتفاعٍ أو انخفاضٍ في السُّوق)) . (ص 41) .

ويؤكّد أصحاب هذا القول عدم جواز اشتراط ضمان رأس المال أو شيءٍ من الرِّبح على المضارب أو الشَّريك أو الوكيل بالاستثمار1 ، إلا أنهم لا يرون في التَّعهد المذكور اشتراطاً للضَّمان المحرَّم ، ويحتجون لقولهم بالآتي :

1) أنه لا يمكن بحالٍ قياس التَّعهد بالشِّراء بثَمنٍ محدَّدِ المقدار ابتداءً على عقد الضَّمان أو شرط الضَّمان المحرَّم شرعاً2 ، لما بينهما من فوارق فقهية كثيرة ، هي الآتية :

الفارق الأوَّل: أن الضَّمان يُلزم بضمان أصول الصُّكوك في حالة الهلاك (الكلي) أو التَّلف (الهلاك الجزئي) أو الخسارة (نقص القيمة التِّجارية)، وليس كذلك التَّعهد بالشِّراء بثمن محدَّدِ المقدار ابتداءً. ففي حالة الهلاك يتعذَّر في التَّعهد بالشِّراء تنفيذ الشِّراء لانعدام محلِّه، بل إن التَّعهد بشراء المعدوم باطلٌ في أصل حكمه، أما الضَّمان فيكون للهالك. وفي حالة التَّلف فإن التَّعهد بالشِّراء يقتصر تنفيذه على ما لم يَتلف من الأصول، حيث يُشتَرى بحصَّته من الثَّمن، أما الضَّمان فيكون للتَّالف. وفي حالة الخسارة مع بقاء الأصول على حالها فإن التَّعهد بالشِّراء يُلزِم المصدِر بشراء الأصول بالثَّمن المحدَّدِ لا بجبر النَّقص في القيمة كما في الضَّمان3 .

ويُجاب على هذا بالآتي :

- أن الفارق المذكور من حيث عدمِ شمول التَّعهد بالشِّراء لحالة الهلاك أو التَّلف ، يَصدق من النَّاحية النَّظرية ، أما واقع التَّعهد بالشِّراء المستخدم في هياكل الصَّكوك اليوم فإنه ينفي هذا الفارق ، أو يضعِفه إلى حدٍّ لا يقوى معه على أن يشكّل فارقاً معتبراً فقهياً بين التَّعهد بالشِّراء والضَّمان .

ذلك أن التَّعهد إنما يَرِد على أصول الصُّكوك التي يتحوَّل إليها رأس مالها النَّقدي المدفوع من حملة الصُّكوك ، فيتعهَّد المصدِر سواءٌ أكان مضارباً أم شريكاً أم وكيلاً بالاستثمار ، بشراء تلك الأصول ، غير الموجودة بذاتها عند صدور التَّعهد ، بثَمنٍ محدَّد المقدار ابتداءً4 . وهذا التَّعهد ينصبُّ على الموجود من تلك الأصول عند تنفيذه ، أياً كانت

---

1 – انظر : إصدار الصُّكوك للدكتور حسين حامد حسَّان ص 21–22، 72 .

2 – انظر : المرجع السَّابق ص 72، 74 .

3 – انظر : المرجع السَّابق ص 72 –73 ؛ دارسة حول موضوع بعض جوانب الصُّكوك المعاصرة للدكتور حسين حامد حسَّان ص 17 .

1 – وفي هذا يقول الأستاذ الدكتور حسين حامد حسَّان : ((ذلك لأن الوعد ليس بشراء رأس المال ، أي النقود ، بل بشراء الموجودات التي تُشترى بهذه النقود ، وفوق ذلك فإن هذه الموجودات ليست موجودة ولا معلومة ولا مقدوراً على تسليمها وقت الوعد ، ولم توصف في الوعد لذلك)) . (إصدار الصُّكوك ص 72) .

حاله ، حيث يمثّل هذا الموجود (أصولَ الصُّكوك) ، سواءٌ كان الموجود هو ذات الأصول التي تحوَّل إليها رأس مال الصُّكوك ابتداءً ، وهي لا تزال بالحال الذي كانت عليه دون أن يطرأ عليها أيٌّ نقص ، أو كان الموجود أنقص من تلك الأصول نتيجة التَّلف . فالمصدِر المتعهِّد ملزمٌ بشراء الموجود من أصول الصُّكوك مهما قلَّ أو تضاءل أو اشتدَّ فيه التَّلف، ما دام أنه يوجد منه ما يقبل أن يكون محلاً للبيع . وهو ملزمٌ بشراء هذا الموجود بالثَّمن المحدَّد المقدار كلِّه مهما كَثر أو عَظم مقارنة بقيمته الفعليَّة ، حيث يَصدق على هذا الموجود أنه أصول الصُّكوك التي تعهَّد المصدِر بشرائها[1] .

فعدم تنفيذ التَّعهد على ما قد يتلَف من أصول الصُّكوك ، حيث يتلَف على ملك حملة الصُّكوك ـ إذا انتفى التَّعدي أو التَّقصير أو مخالفة الشُّروط من المصدِر ـ غير متصوَّرٍ ، والحالة هذه ، لأن التَّعهد لا يَصدر بشراء أصولٍ معيَّنة ، محدَّدة بذاتها في مستنده ، ليقال إن ما يتلَف منها بعد ذلك لن يلحقه الشِّراء عند تنفيذه .

فسواء ضَمن المصدِر رأس مال الصُّكوك ، أو تعهد بشراء أصولها بثمن محدَّد ابتداءً يساوي ـ على سبيل المثال ـ رأس مالها،، فإن المآل والنَّتيجة متماثلة في حالة تلف أصول الصُّكوك (هلاكها جزئياً) ، حيث يُلزم في حالة الضَّمان بجبر النَّاقص من رأس المال ، ويُلزم في حالة التَّعهد بشراء الموجود من تلك الأصول (الباقي منها أياً كان) بثمنٍ يساوي في مقداره رأسَ مال الصُّكوك بتمامه .

أما في حالة الهلاك، فمن المسلَّم أن التَّعهد لا ينفذ إذا أفنى الهلاك أصول الصُّكوك، ومحَقها، ولم يبق لها أثراً مادياً ولو شيئاً من حطام يصلح أن يكون محلاً للشِّراء. ومع أن هذا

---

1 – ولذا فإن عدداً من نشرات الإصدار الخاصَّة بمجموعة من صكوك المضاربة قد نصَّت على شراء أصول المضاربة من غير أن تتعرَّض لما قد يعرِض لهذه الأصول من تلَف وأثره على ثَمَن الشِّراء . فالمقصود أن الشِّراء يكون للموجود أو المتبقي من هذه الأصول بالثَّمن المنصوص عليه في التَّعهد بالشِّراء أياً كان حال أو وضع هذا الموجود أو المتبقي . أي مهما أصابه من تلَف وأياً يكون مداه . (انظر نشرات الإصدار الخاصَّة بالصُّكوك الآتية : صكوك شركة مركز دبي المالي العالمي – الصَّادرة في يونيو 2007 ؛ شركة موانىء دبي العالمية – الصَّادرة في يونيو 2007 ؛ صكوك شركة الصِّناعات الوطنية القابضة – الصَّادرة في أغسطس 2007) . ومن هذه النَّشرات من صرَّحت بذلك . وذكرَت أن الشِّراء يكون للأصول بما تكون عليه دون أي اعتبار لحالتها أو صلاحيتها للاستخدام أو للغرَض المقصود منها عند تنفيذ الشِّراء .
والشِّراء قد يقع بعد أكثر من ثلاث سنوات من إصدار الصُّكوك والتَّعهد من المصدِر بشراء أصولها . (انظر : نشرة الإصدار الخاصَّة بصكوك شركة الدَّار العقارية – الصَّادرة في مارس 2007 ص 133) .

الفَرض بعيدٌ، بل يندر وقوعه، والنَّادر لا حكم له[1]، إلا أن شروط تنفيذ التَّعهد بالشِّراء ، وفق الجاري به العمل ، تقي من الوصول إلى هذه الحالة . ذلك أن حدوث ما قد يخلُّ أو يؤثِّر في الملاءة المالية للمصدِر أو حدوث تغيُّر في الظُّروف الاقتصادية ، يعدُّ من أهم الحوادث أو الحالات التي يتعهَّد المصدِر بشراء أصول الصُّكوك عند وقوعها ، كما مرَّ[2] . فبمجرد وقوع شيء من ذلك ، أو وقوع بوادره ، يكون لحملة الصُّكوك مطالبة المصدِر بتنفيذ تعهُّده وشراء أصول الصُّكوك ، قبل أن يستفحل الأمر ويتمادى ليودي بأصول الصُّكوك ، ويصل بها إلى الفناء الماديِّ التامِّ الذي يمحقها ، ويستأصل شأفتها ، ولا يبقي منها ما يُذكَر .

- أنه إن سُلِّم أن التَّعهد بالشِّراء لا يفيد في حالة التَّلف أو الهلاك ، إذا استخدم في صكوك المضاربة أو المشاركة أو الوكالة بالاستثمار ، وأنه بذلك يفترق عن الضَّمان المطلَق ، فإن المسلَّم به عند الجميع أن التَّعهد بالشِّراء يعدُّ أداة لجبر الخسارة وتعويض النَّقص في قيمة أصول الصُّكوك في حال انخفاض قيمتها عن القيمة الاسمية مع بقائها في حالتها المادية الكاملة ، دون تلف أو هلاك . وهو بذلك يكون نوعاً من الضَّمان الجزئي الصَّريح[3] ، وهذا النَّوع من الضَّمان ، مهما قلَّ أو ضاق نطاق الإفادة منه ، لا يجوز تحميل المضارب أو الشَّريك أو الوكيل بالاستثمار به أو اشتراطه عليه . فكما لا يجوز الضَّمان الكلِّي أو الكامل ، من هؤلاء ، فإن بعض الضَّمان منهم أو الضَّمان الجزئي ، الذي يكون لبعض الأصول الموجودة تحت أيديهم دون البعض الآخر ، أو الذي يقتصر على وقتٍ دون وقت آخر ، أو الذي يكون لحالة دون حالة أخرى ، أو الذي ينصرف إلى قيمة الأصول دون كيانها المادي ، لا يجوز أيضاً ، لأن يد الأمانة تبقى كذلك بالنسبة لجميع الأصول الموجودة بحوزتها بكل جزئياتها ، في أي وقت،، وأي حال ، والأصول كيانٌ مادي وقيمة ، وهذا ما لم يقع منها تعدٍّ أو تقصير أو مخالفة للشُّروط ، كما سبق .

ولا فرق بين أن يستلزم الضَّمان الجزئي المباشر جبر النَّقص في قيمة أصول الصُّكوك ، وبين أن يحتاج الوصول إلى ذلك في التَّعهد بالشِّراء أن نمرَّ بتنفيذ الشِّراء ، لأن النتيجة في الحالين واحدة ، سواءٌ بالنسبة لما يحصل علية حملة الصُّكوك أو ما يلزم ذمَّة المصدِر المتعهِّد بالشِّراء ، على ما سنراه في النقطة الآتية ، ويكون التَّعهد بالشِّراء الذي

---

1 – انظر : جمهرة القواعد الفقهيَّة في المعاملات المالية للدكتور علي أحمد النَّدوي 606/2، 724 .

2 – راجع ما تقدَّم : ص 5 .

3 – انظر : بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية للدكتور عبد السَّتار أبو غدَّة 48/8 ؛ تعهدات مديري العمليَّات الاستثمارية للدكتور موسى آدم ص 173، 200 ؛ تعهدات مديري العمليات الاستثمارية للدكتور عبد السَّتار أبو غدَّة ص 142، 153، 156 . وانظر فتوى ندوة البركة الثانية والثلاثين للاقتصاد الإسلامي ، المنقولة فيما يأتي : ص 36 .

يحتاج إلى تنفيذ الشِّراء ليتحقّق به الضَّمان ضماناً غير مباشر ، كما يصفه بعض المعاصرين1 .

الفارق الثَّاني : أن الضَّمان يُلزِم بجبر النَّقص في قيمة أصول الصُّكوك ، مباشرة ، أما التَّعهد بالشِّراء فإن الضَّمان لا يتحقّق به إلا إذا كان وقوع الشَّراء بالثَّمن المحدَّد فيه حتمياً ، وهذه الحتمية تأباها طبيعة التَّعهد بالشِّراء . فهو من جهة ملزمٌ للمتعهِّد (مصدِر الصُّكوك) وحده ، ومن ثمَّ فقد يختار حملة الصُّكوك (المتعهَّد لهم) عدم مطالبته بتنفيذ التَّعهد وشراء أصول الصُّكوك لارتفاع ثمنها في السُّوق عن الثَّمن الذي تعهَّد بالشِّراء به ، فلا يقع الشِّراء . وهو من جهة أخرى وإن كان ملزماً للمتعهِّد ، إلا أنه لا يُلزِمه بتنفيذ الشِّراء ، وله أن يرفض الشِّراء،، ولا يكون لحملة الصُّكوك - عندئذ - سوى بيع أصول الصُّكوك في السُّوق ، والرُّجوع على المتعهِّد بتعويض الفرق (إن وجد) بين ثمن البيع والثَّمن المحدَّد في التَّعهد2 . فإن لم يكن هناك فرق أو كان ثمن البيع في السُّوق أكثر من الثَّمن المحدَّد في التَّعهد ، فلا حقَّ لحملة الصُّكوك في إلزامه بتنفيذ الشِّراء ، وليس كذلك الضَّمان (المباشر)3 .

ويجاب على هذا بالآتي :

- أن الضَّمان نفسه لا يُلزِم المضمون له بالمطالبة بإعماله وجبر النَّقص مع وجود موجبه ، وهو بذلك يماثل التَّعهد بالشِّراء الذي لا يُلزِم المتعهَّد له بمطالبة المتعهِّد بشراء أصول الصُّكوك ولو مع انخفاض قيمتها ، ولا فرق بينهما في ذلك . وإذا لم يطالب حملة الصُّكوك بتنفيذ الشِّراء لارتفاع القيمة السُّوقية لأصول الصُّكوك فوق القيمة الاسمية أو الثَّمن المتعهَّد بالشِّراء به ، فمردُّ ذلك انتفاء الخسارة ، وانتفاء موجب الضَّمان ، وهو الحال في الضَّمان المباشر ، حيث يمتنع على المضمون له مطالبة الضَّامن بأعماله عند انتفاء موجبه .

- أنه سواءٌ قام المتعهِّد (مصدِر الصُّكوك) بتنفيذ تعهُّده وشراء أصول الصُّكوك ، بالرغم من انتقاص قيمتها السُّوقية ، أو امتنع المتعهِّد عن تنفيذ التَّعهد ، فقام حملة الصُّكوك ببيع أصول الصُّكوك في السُّوق ومطالبته بتعويض النَّقص ، أو كان مصدِر الصُّكوك ضامناً ضماناً مباشراً لأصولها ، فجبَر النَّقص في قيمة تلك الأصول ، فإن المصدِر في الجميع يكون قد تحمَّل الخسارة ، وتحمَّلت ذمَّته بها ، وارتفعت الخسارة عن حملة الصُّكوك . فإذا لم يكن

---

1 – انظر : تعهدات مديري العمليَّات الاستثمارية للدكتور عبد السَّتار أبو غدَّة ص 142 ؛ الصُّكوك وتطبيقاتها المعاصرة للشيخ محمد تقي العثماني ص 6 .

1 – انظر : المعيار الشَّرعي رقم (8) بشأن المرابحة للآمر بالشِّراء ، البند (4/5/2) – المعايير الشَّرعية ص 94 .

2 – انظر : إصدار الصُّكوك للدكتور حسين حامد حسَّان ص 73، 74 ؛ حماية رأس المال للدكتور حسين حامد حسَّان ص 32 .

هناك نقصٌ في ثمَن البيع عند البيع في السُّوق من قبل حملة الصُّكوك عند امتناع المصدِر عن تنفيذ تعهده ، أو كان ثمَن البيع أكثر من الثَّمن الوارد في التَّعهد ، فإن سقوط حقِّ حملة الصُّكوك في المطالبة بتنفيذ التَّعهد يرجع إلى انتفاء موجب التَّنفيذ ، وهو الخسارة ، وهو الشَّأن في الضَّمان ، حيث يسقط في حال انتفاء موجبه وعدم وقوع الخسارة المستوجبة للجبر من الضَّامن ، كما أسلفنا .

الفارق الثالث : أن البيع في التَّعهد بالشِّراء يكون فيه المبيع (أصول الصُّكوك) ، بعد البيع والتَّسليم ، معرَّضاً لمخاطر ظهور العيب فيه أو ظهور استحقاق الغير له . وهذا لا يرد في الضَّمان المباشر1 .

ويجاب على هذا : بأن البيع في التَّعهد بالشِّراء ، المطبَّق في هياكل الصُّكوك ، يكون مع شرط البراءة من العيوب2 . أما الاستحقاق ، فإنه بعيدٌ عن أصول الصُّكوك لما تحاط به من حماية قانونية صارمة مع وضع شروط على المصدِر تمنع من ذلك ، فإن حصل و وقع الاستحقاق ، فإن الضَّمان الذي يحقّقه التَّعهد بالشِّراء يكون لما لم يظهر استحقاق الغير له ، وهذا الضَّمان الجزئي أو القاصر يبقى ضماناً محرَّماً شرعاً ، لا يجوز أن يحمَّل به المضارب أو الشَّريك أو الوكيل بالاستثمار .

2) أن التَّعهد بالشِّراء بثمنٍ محدَّد المقدار ابتداءً ، من المضارب أو الشَّريك أو الوكيل بالاستثمار، يقاس على وعد الآمر بالشِّراء الذي توكّله المؤسَّسة بشراء البضاعة وتسلُّمها نيابة عنها ، حيث يَعِدها وعداً ملزماً بشراء البضاعة منها ، بعد التملُّك والتسلُّم ، بثمنٍ محدَّدٍ المقدار في الوعد بالشِّراء ، وهو ثمنٌ لا يساوي تكلفة شراء البضاعة فحسب ، وإنما يفوقها باشتماله على مقدار الرِّبح الذي تقبل المؤسَّسة البيع به . وهو يقاس أيضاً على وعدِ المستأجر المؤجرَ وعداً ملزماً بشراء العين المؤجَرة بثَمنٍ محدَّد المقدار ابتداءً . ولم يعدَّ وعد الوكيل بالشِّراء والتسلُّم ، أو وعد المستأجر ، وهما أمناء على ما يحوزانه ، ضماناً للخسارة التي تقع بنزول قيمة البضاعة أو العين المؤجَرة عن القيمة السُّوقية ، عند تنفيذ الوعد ، حيث يُلزَم كلُّ واحدٍ منهما بالشِّراء بما وعد بالشِّراء به أياً كانت قيمة ما وعد بشرائه عند مطالبته

---

1 – انظر : حماية رأس المال للدكتور حسين حامد حسَّان ص 33 .

2 – انظر على سبيل المثال : نشرة الإصدار الخاصَّة بصكوك شركة نخيل – الصَّادرة في ديسمبر 2006 ص 142 ؛ نشرة الإصدار الخاصَّة بصكوك شركة الدَّار العقارية – الصَّادرة في مارس 2007 ص 133 .

بتنفيذ وعده ، لأن الشَّأن في الواعد أنه يلزمه شراء ما وعد بشرائه ، ولو نقصت قيمته عن القيمة السُّوقية1 .

ويُجاب على هذا : بأن القول بجواز تعهد الوكيل بالشِّراء - أو وعده وعداً ملزماً - بشراء ما وكّل بشرائه وتسلُّمه ، ويكون تحت يده ، أو تعهد المستأجر - أو وعده وعداً ملزماً - بشراء العين المؤجَرة ، التي ينتفع بها وهي تحت يده ، بثمنٍ محددٍ المقدار ابتداءً ، غير مسلَّم ، كما سنرى . فهما أمينان ، والأمين لا يجوز له أن يضمن ما يحوزه ، وقد سبق ذلك .

3) أن التَّعهد بالشِّراء بثمنٍ محدَّد المقدار ابتداءً ، من المضارب أو الشَّريك أو الوكيل بالاستثمار ، يقاس على ضمان الوكيل بالاستثمار ، والشِّراء والبيع ، بمستند مستقلٍّ عن عقد الوكالة ، من يبيع له بضاعة الوكالة التي اشتراها ، فيكون التَّعهد بالشِّراء المستقلُّ جائزاً قياساً على جواز الضَّمان المذكور ، وهو ضمانٌ يصدر من أمينٍ على أموال الوكالة بالاستثمار (أموال الأمانة)2 .

ويُجاب على هذا : بأن الضَّمان المقصود هو ما جاء في المعيار الشَّرعي رقم (5) بشأن الضَّمانات ، في البند (2/2/2/) ، الذي ينصُّ على أنه:: (لا يجوز الجمع بين الوكالة والكفالة في عقد واحد ، لتنافي مقتضاهما ، ولأن اشتراط الضَّمان على الوكيل بالاستثمار يحوِّل العملية إلى قرض بفائدة ربوية بسبب ضمان الأصل مع الحصول على عائد الاستثمار. أما إذا كانت الوكالة غير مشروطة فيها الكفالة، ثم كفل الوكيل من يتعامل معه بعقد منفصل ، فإنه يكون كفيلاً لا بصفة كونه وكيلاً ، حتى لو عزل عن الوكالة يبقى كفيلاً)3 . فشروط جواز هذه الكفالة هي الآتية :

أ) ألا تكون الكفالة مشروطة في الوكالة، سواءٌ في الابتداء لإنشائها أو للاستمرار بها. ومن الاشتراط المواطأة عليها بين طرفي الوكالة . جاء في المعيار الشَّرعي رقم (25) بشأن الجمع بين العقود ، في البند (3/2/6) : ((أن القوة الملزمة للمواطأة شرعاً هي نفس القوة الملزمة للشَّرط أو الشُّروط المتقدِّمة على العقود ، والشَّرط المتقدِّم كالمقارن في الصَّحة و وجوب الوفاء به ، طالما أن العقد قد اعتمد عليه ، واتَّفقت إدارة العاقدين على مراعاته))4 .

---

1 – انظر : حماية رأس المال للدكتور حسين حامد حسَّان ص 33 ؛ إصدار الصُّكوك للدكتور حسين حامد حسَّان ص 73 .

2 – انظر : حماية رأس المال للدكتور حسين حامد حسَّان ص 33 .

3 – المعايير الشَّرعية ص 48 .

4 – المعايير الشَّرعية ص 351 .

فهذا الشَّرط يعني،، أن الوكالة تقوم وتستمر سواءٌ وجِدت الكفالة أو لم توجد ، فالموكِّل ليس له الامتناع عن الدُّخول في الوكالة أو الاستمرار بها ومطالبة الوكيل بإنهائها إذا لم توجد الكفالة أو إذا اختلَّت الكفالة بعد إصدارها .

ب) ألا تكون الكفالة نفسها ، في شروطها و أحكامها ، معلّقة على وجود الوكالة أو استمرارها ، فهي علاقة شرعية (قانونية) بين كفيلٍ ، بهذه الصِّفة وحدها ، ومكفولٍ له ، بهذه الصِّفة وحدها أيضاً ، ولا تَعرف الكفالة لهما صفة أخرى .

ج) أن تكون الكفالة لاحقة للوكالة، لا سابقة لها. منعاً للمواطأة ، باستصدار الكفالة ، ثمَّ الدُّخول في الوكالة .

د) أن تكون الكفالة بمستند مستقلٍّ عن عقد الوكالة، وهذا مطلّب شكلي للاستقلال التام بين الوكالة والكفالة، لكنه لا يكفي وحده للقول بوجود الاستقلال المطلوب، فبالاكتفاء به يكون الاستقلال شكلياً لا فعلياً،، ظاهرياً لا حقيقياً .

هـ) أن الكفالة تكون لالتزامات مديني العمليَّات التي دخل فيها الوكيل، بالنِّيابة عن الموكِّل. فهو يضمنهم إن تخلَّفوا عن السَّداد، وهو لا يضمن ما تحت يده من أموال الوكالة. فإذا وفَّى هؤلاء المدينون بالتزاماتهم، فإن الوكيل لا يضمن هلاك أو تلف أو خسارة أموال الوكالة1 .

وفي ضوء هذه الشُّروط ، يكون المقصود بهذه الكفالة أو الضَّمان - في عمل المؤسَّسات المالية - أن تتقبَّل المؤسَّسة مالاً من مودعين على أساس الوكالة بالاستثمار ، فتستثمر هذا المال في تمويل أحد (أو بعض) عملائها بالمرابحة أو الاستصناع أو الإجارة ، أو غيرها ، مؤجَّلة (أو مقسَّطة) الثَّمن أو الأجرة ، ثم يطلب هذا العميل من المؤسَّسة أن تصدر له كفالة (بنكية) لضمان التزاماته في مواجهة دائنيه أياً كانوا ، فإن كَونها أحد دائني هذا العميل ، بالوكالة عن أولئك المودعين ، لا يمنعها شرعاً من أن تُصدر له الكفالة البنكية ، لأن هذه الكفالة - في هذه الحالة - لم يشترطها المودعون في عقد الوكالة بالاستثمار ، وانتهاء هذا العقد (في أجَله أو مبكِّراً قبله) لا يُنهي الكفالة ، التي تقوم لوحدها ، وتخضع للشُّروط والأحكام الخاصَّة بها ، التي لا شأن لها بشروط وأحكام عقد الوكالة بالاستثمار المشار إليه .

ولعلَّ هذا التَّطبيق هو التطبيق العملي الوحيد الذي تقبله طبيعة عمل المؤسَّسات المالية الإسلامية لهذه الكفالة، بالشُّروط المطلوبة للقول بجوازها.

1 – انظر: الصُّكوك وتطبيقاتها المعاصرة للشيخ محمد تقي العثماني ص 8 .

وعليه، نتبيَّن أن التَّعهد بالشِّراء بثمنٍ محدَّد المقدار ابتداءً لأصول الصُّكوك، من مصدرها الوكيل بالاستثمار (أو المضارب أو الشَّريك)، يفترق عن الكفالة (أو الضَّمان) من الوكيل بالاستثمار لمن يبيع لهم بضاعة الوكالة، من وجهين:

الأوَّل: أن الاستقلال الفعلي التَّام المشروط لجواز الكفالة المذكورة، بالشُّروط التي أسلفناها،، لا يتوافر للتَّعهد بالشِّراء من مصدِر الصُّكوك . فالتَّعهد بالشِّراء - من حيث هو - مكوِّنٌ أساسي في بناء هياكل الصُّكوك، لا تنفكُّ عنه، ولا تكتمل منظومتها العقدية أو تقوم بدونه[1] .

الثَّاني : أن محلَّ الكفالة هو ديونُ مديني الوكالة ، التي تنشأ عن تعامل الوكيل معهم ، كما لو باعهم أو آجرهم ، بالأجَل أو بالتَّقسيط ، أما التَّعهد بالشِّراء ، فهو أداة أو وسيلة لضمان أصول الوكالة بالاستثمار ذاتها ، أو ضمان خسارتها .

فيكون قياس التَّعهد بالشِّراء على تلك الكفالة، قياساً مع الفارق، فلا يستقيم فقهاً.

4) أن الضَّمان الممنوع من الشَّريك هو ما كان في شركة العقد، أما في شركة الملك فإن هذا الضَّمان مقبولٌ شرعاً. والشركة في الصُّكوك القائمة على أساس المشاركة، وتكون أصولها أعياناً مؤجَرة أو أصولاً موجودة في ملك المصدِر عند إنشائها، هي من نوع شركة الملك لا شركة العقد. فيكون التَّعهد بالشِّراء من المصدِر (شريك الملك) بثمن محدَّد المقدار ابتداءً جائزاً في هذه الهيكلة، وإن عدَّ ضماناً من أحد الشُّركاء - لأصول المشاركة - لصالح الشُّركاء الآخرين (حملة الصُّكوك)[2] .

ويجاب على هذا: بأن المشاركة في الصُّكوك، وإن كانت أصولها من الأعيان المؤجَرة أو الأصول الموجودة في ملك المصدِر عند إصدارها، تنطبق عليها عند التَّحقيق خصائص شركة العقد لا خصائص شركة الملك. وقبل بيان ذلك، نعرِّف كلاً من هاتين الشركتين:

فشركة الملك ، تعرَّف بأنها: اشتراك اثنين أو أكثر في ملكية عينٍ على الشُّيوع ، دون الاتفاق على استغلالها واستثمارها بأي من وسائل الاسترباح المشتركة[3] . أما شركة العقد ، فهي : عقدٌ بين اثنين أو أكثر على الاشتراك في رأس المال وفي ربحه ، أو على

---

1 - راجع ما تقدَّم : ص 4، 8 .

2 - انظر في حكاية هذه الحجَّة : الصُّكوك وتطبيقاتها المعاصرة للشيخ محمد تقي العثماني ص 7 .

3 - انظر في استفادة هذا التَّعريف : بدائع الصَّنائع 56/6 ؛ المدخل الفقهي العام للعلامة مصطفى الزَّرقا 354/1، 616 ؛ بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية للدكتور عبد السَّتار أبو غدَّة 37/8 ؛ أحكام المعاملات الشَّرعية للشيخ علي الخفيف ص 544 .

الاشتراك في الرِّبح فقط إذا لم يكن رأس مال[1] . أو هي بتعبير آخر : أن يتعاقد شخصان فأكثر على استثمار المال أو العمل ، واقتسام الرِّبح[2] .

ونتعرَّف الآن على خصائص المشاركة التي تقوم عليها صكوك المشاركة، مع مقارنتها بخصائص شركة الملك، وخصائص شركة العقد، لنقف على أن هذه المشاركة هي من قبيل شركة العقد، وأن أحكام الضَّمان في هذه الشركة هي التي تنطبق عليها. والخصائص المقصودة - التي نكتفي بثلاثة منها - هي الآتية:

- أن المقصود بهذه المشاركة الاستثمار المشترك ، والاشتراك في الاسترباح باستثمار رأس مالها وما ينقلب إليه من أصول وموجودات . فهذا ما يقع الاتفاق عليه في المشاركة التي تقوم عليها الصُّكوك، ومنه جاءت تسمية الصُّكوك بأنها (صكوك استثمار)[3] . ولولا هذا المقصود لفقدت الصُّكوك مبرِّر وجودها. وهذا من خصائص شركة العقد، أما شركة الملك فلا تقوم على اتفاق بين الشرُكاء على استثمار العين المملوكة لهم على الشُّيوع، ويقتصر قصد الشُّركاء فيها على التملُّك والاستهلاك للعين أو الانتفاع الشَّخصي بها[4] . وإذا وجد قصدٌ للاستثمار لدى أحدِ الشركاء فإنه يكون قصداً فردياً خاصاً به، لا يشترك فيه باتفاقٍ مع الشَّريك أو الشُّركاء الآخرين.

يقول الكاساني وهو يتكلَّم عن شركة العقد، وكيفية عقدها : (إن لم يذكرا الشِّراء ولا البيع ، ولا ما يدلُّ على شركة العقود ، بأن قال رجل لغيره : ما اشتريت من شيء فبيني وبينك ، أو قال : فبيننا ، وقال الآخر : نعم. فإن أراد بذلك أن يكونا بمعنى شريكي التِّجارة ، كان شركة [عقد ...] ، وإن أراد به أن يكون المشترَى بينهما خاصَّة بعينه ، ولا يكونا فيه كشريكي التِّجارة ، بل يكون المشترَى بينهما بعينه ، كما إذا أورثا أو وهب لهما ، كان وكالة لا شركة [عقدٍ])[5] . ويكون المشترَى مملوكاً لهما على وجه شركة الملك . ويقول في المقصود الذي تلتقي عليه إرادة الشُّركاء في شركة العقد : (الأصل في الشركة [شركة

---

1 - أحكام المعاملات الشَّرعية للشيخ علي الخفيف ص 545 . وانظر : المادة (1329) من مجلَّة الأحكام العدليَّة - شرح المجلَّة للأتاسي 252/4 ؛ فتح القدير 378/5 ؛ بدائع الصَّنائع 56/6-57 .

2 - المدخل الفقهي العام للعلامة مصطفى الزَّرقا 354/1 .

3 - انظر : المعيار الشَّرعي رقم (17) بشأن صكوك الاستثمار . البند (2/4) - المعايير الشَّرعية ص 240 .

4 - انظر : الصُّكوك وتطبيقاتها المعاصرة للشيخ محمد تقي العثماني ص 7 ؛ بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية للدكتور عبد السَّتار أبو غدَّة 43/8 .

5 - بدائع الصَّنائع 56/6 .

العقد] العموم ، لأن المقصود منها تحصيل الرِّبح ، وهذا المقصود لا يحصل إلا بتكرار التِّجارة مرَّة بعد أخرى)1.

ويقول العلامة مصطفى الزَّرقا في بيان حقيقة شركة الملك : (الشركة في ذاتها قد تكون شركة في ملك مشترك بين عدَّة أشخاص ناشئة عن سبب طبيعي كالإرث مثلاً ، وقد تكون شركة عقد ، بأن يتعاقد جماعة على القيام بعمل استثماري يتساعدون فيه بالمال أو بالعمل ، ويشتركون في نتائجه . فشركة الملك هي من قبيل شركة الملك الشَّائع وليست من العقود ، وإن كان سببها قد يكون عقداً ، كما لو اشترى شخصان شيئاً ، فإنه يكون مشتركاً بينهما شركة ملك ، ولكن ليس بينهما عقد على استغلاله واستثماره بتجارة أو إجارة ونحو ذلك من وسائل الاسترباح)2 .

- أن المشاركة في الصُّكوك تنشأ بعقد مشاركة بين حملة الصُّكوك ومصدِرها ، فإذا لم يوجَد مثل هذا العقد فإنها لا تنشأ . فهذه المشاركة لا تقوم من تلقاء نفسها باجتماع أو اختلاط ما يملكه حملة الصُّكوك بما يملكه مصدِرها ، دون عقدٍ جامعٍ تلتقي فيه إراداتهم على إيجادها . وهذا من خصائص شركة العقد ، فهي لا تقوم إلا بعقد مشاركة بين أطرافها ، بإيجاب وقبول على إنشائها ، وليس هذا شأن شركة الملك ، التي تقوم باجتماع أو اختلاط نصيبي طرفيها أو أنصبة أطرافها ، سواء عند التملُّك أو بعد أن ملك كلٌّ طرف نصيبه بعقد من عقود التملُّك أو بسب من أسبابه ، من غير أن يَنتج ذلك عن اتفاق بين الطَّرفين بشأنه3 . جاء في (الهداية) : (الشركة ضربان : شركة أملاك وشركة عقود ، فشركة الأملاك : العين يرثها رجلان أو يشتريانها ... وهذه الشركة تتحقَّق في غير المذكور ... كما إذا اتَّهب رجلان عيناً أو ملَكاها بالاستيلاء ، أو اختلط مالهما من غير صنع أحدهما ، أو بخلطهما خلطاً يمنع التَّمييز رأساً أو إلا بحرَج ... والضَّرب الثاني: شركة العقود، وركنها الإيجاب والقبول، وهو أن يقول أحدهما: شاركتك في كذا وكذا، ويقول الآخر: قبلت)4 .

- أن حملة الصُّكوك ومصدِرها لا يستقلُّ كلُّ واحدٍ منهم بالتصرُّف بحصَّته كما لو كان أجنبياً عن حصص الآخرين. وهذا من خصائص شركة العقد، حيث يرجع التصرُّف من أحد أطرافها إلى الجميع، لا إليه وحده، لما فيها من الوكالة القائمة بينهم. أما في شركة الملك، فكلُّ طرفٍ أجنبيٌّ عن حصص الأطراف الأخرى، لانتفاء الوكالة بينهم فيها. جاء في

---

1 - المرجع السّابق 57/6 . وانظر فيه : 68/6 .

2 - المدخل الفقهي العام للعلامة مصطفى الزَّرقا 616/1 . وانظر فيه : 354/1 .

3 - انظر : بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية للدكتور عبد السَّتار أبو غدَّة 41/8، 45 .

4 - 393/4-394 .

(الذَّخيرة): (يد كلِّ واحدٍ من الشَّريكين [في شركة العقد] يد أمانة فيما يدَّعيه من تلفٍ أو خسرانٍ، ما لم يَظهر كذبه، لأن كلَّ واحدٍ وكيلٌ للآخر)1 . وجاء في (بدائع الصَّنائع)، في حكم شركة الملك: (أن كلَّ واحدٍ من الشَّريكين كأنه أجني في نصيب صاحبه)2 . ويقول الشيخ محمد تقي العثماني: (أنها [أي شركة العقد] تجعل كلَّ شريكٍ وكيلاً عن الآخر في عمليات الاستثمار3، في حين أن الشركاء في شركة الملك كلُّ واحدٍ منهم يستقلُّ بتصرُّفه في حصَّته ، وهو أجني بالنسبة لحصَّة شريكه أو شركائه الآخرين)4 .

وبعد كلِّ ما بسطناه من حجَج أصحاب القول الثَّاني، ومناقشتها ، يظهر جلياً أن التَّعهد بالشِّراء لأصول الصُّكوك بثمنٍ محدَّد المقدار ابتداءً ، الذي يَصدر من مصدِرها ، سواءٌ كان مضارباً أو شريكاً أو وكيلاً بالاستثمار ، ممنوعٌ شرعاً منعَ الضَّمان من هؤلاء لما يحوزونه بموجب عقد الأمانة ، في غير حالة التَّعدي أو التَّقصير أو مخالفة الشُّروط ، لما في هذا التَّعهد من ضمانٍ لأعيان أصول الصُّكوك ، أو في أدنى الأحوال ضمان قيمتها ، حيث يقتصر الضَّمان عندئذٍ على أن يكون ضماناً جزئيا . غير أن هذا الضَّمان الجزئي قد يفوق في مشموله الضَّمان المطلَق ، وذلك عندما يزيد الثَّمن المتعهَّد بالشِّراء به - وهو السَّائد في التَّطبيق5 - عن القيمة الاسمية لأصول الصُّكوك ، حيث تضمن الزِّيادة ربحاً لحملة الصُّكوك بمقدارها ، وهذا ما لا يحقِّقه الضَّمان المطلَق الذي يقتصر على ضمان أصول الصُّكوك ، أو ضمان رأس مالها في أقصى غايته ، ولا يمتد إلى ضمان شيء من الرِّبح .

وعلى هذا المنع استقرَّ الاجتهاد الجماعي المعاصر، بمختلف هيئاته، ومنها المؤتمرات والنَّدوات المتخصِّصة في المعاملات الماليَّة والمصرفية المعاصرة. ونعرض ذلك في الآتي:

أ) مجمع الفقه الإسلامي الدولي :

- فقد جاء في القرار رقم 136 (15/2) بشأن المشاركة المتناقصة وضوابطها الشَّرعية، في البند (5/أ)، أن من ضوابط جواز المشاركة المتناقصة: (عدم التَّعهد

---

1 - 66/8 .

2 - 65/6 . وانظر : فتح القدير 378/5 .

3 - وهذا ما لم يتَّفق الشُّركاء على حصر الإدارة في بعضهم أو أحدهم . (انظر : المعيار الشَّرعي رقم (12) بشأن الشركة (المشاركة) و الشركات الحديثة ، البند (2/3/1/3) – المعايير الشَّرعية ص 163) .

4 - الصُّكوك وتطبيقاتها المعاصرة ص 7 . وانظر : بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية للدكتور عبد السَّتار أبو غدَّة 41/8-42 .

5 - راجع ما تقدَّم : ص 18، هامش (1) .

بشراء أحد الطَّرفيين حصَّة الطَّرف الآخر بمثل قيمة الحصَّة عند إنشاء الشركة، لما في ذلك من ضمان الشَّريك حصَّة شريكة).

- وجاء في القرار رقم 178 (19/4) بشأن الصُّكوك الإسلامية (التَّوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها،، في البند (ثالثاً/2) ، أن : (مدير الصُّكوك أمينٌ لا يضمن قيمة الصَّك إلا بالتَّعدي أو التَّقصير أو مخالفة شروط المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في الاستثمار) . وجاء في البند التالي ، (ثالثاً /3) ، من القرار نفسه ، أنه:: (لا يجوز إطفاء الصُّكوك بقيمتها الاسمية ...) . والمقصود الإطفاء المستنِد إلى تعهدٍ من المصدِر الذي يكون مضارباً أو شريكاً أو وكيلاً بالاستثمار، وهو مقتضى الجمع بين البندين.

ب) المجلس الشَّرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسَّسات المالية الإسلامية :

- حيث جاء في المعيار الشَّرعي رقم (8) بشأن المرابحة للآمر بالشِّراء، في البند (5/2/2)، أنه: (يُمنَع الاتفاق بين المؤسَّسة والعميل على المشاركة في مشروع أو صفقة محدَّدة، مع وعد أحدهما للآخر بشراء حصَّته بالمرابحة الحالة أو المؤجَّلة في وقت لاحق)1 . والسِّياق، إن وقع الوعد على ثمن محدَّد المقدار للشِّراء بالمرابحة.

- وفي المعيار الشَّرعي رقم (12) بشأن الشركة (المشاركة)، والشركات الحديثة، نصَّ البند (7/5)، على أنه: (يجوز إصدار أحد الشَّريكين وعداً ملزماً يحقُّ بموجبه لشريكه تملُّك حصَّته تدريجياً من خلال عقد بيع عند الشِّراء... ولا يجوز اشتراط البيع بالقيمة الاسمية)2 .

- وجاء في المعيار الشَّرعي رقم (17) بشأن صكوك الاستثمار ، في البند (2/2/5)،، ما نصُّه : (في الصُّكوك القابلة للتَّداول يجوز أن يتعهَّد مصدِر الصَّك في نشرة إصدار الصُّكوك بشراء ما يُعرَض عليه من هذه الصُّكوك بعد إتمام عملية الإصدار ، بسعر السُّوق ، ولكن لا يجوز أن يكون وعد الشِّراء بالقيمة الاسمية للصَّك)3 .

- وفي بيان المجلس الشَّرعي، الخاص بالصُّكوك ، الذي صدر في عام (2008) بعد الإسراف في إصدارات الصُّكوك المعتمدة على تعهد المصدِر (المضارب أو الشَّريك أو الوكيل بالاستثمار) بشراء أصولها بثمن محدَّد المقدار ابتداءً - جاء في البند (رابعاً) ، أنه : (لا يجوز للمضارب أو الشَّريك أو وكيل الاستثمار أن يتعهد بشراء الأصول من حملة الصُّكوك أو ممن يمثِّلهم بقيمتها الاسمية عند إطفاء الصُّكوك في نهاية مدَّتها ... علماً بأن

---

1 – المعايير الشَّرعية ص 93 .

2 – المرجع السَّابق ص 171 .

3 – المرجع السَّابق ص 244 .

مدير الصُّكوك ضامنٌ لرأس المال بالقيمة الاسمية في حالات التَّعدي أو التَّقصير ومخالفة الشُّروط ، سواء كان مضارباً أم شريكاً أم وكيلاً بالاستثمار) .

ج) المؤتمر الفقهي الثاني للمؤسَّسات المالية الإسلامية (الكويت) :

- فقد جاء في قرارات وتوصيات المؤتمر ، الذي عقد في 14-15 ذي القعدة 1428هـ الموافق له 24-25 نوفمبر 2007 ، في المحور الأوَّل الخاص بـ (حماية رأس المال وتطبيقاته في المؤسَّسات المالية الإسلامية)، في البند (ثالثاً)، أن : (من الصور المحرَّمة في ضمان رأس المال ما يلي : (أ) إصدار ضمان من المضارب أو وكيل الاستثمار أو الشَّريك لرأس المال. (ب) التزام المضارب أو وكيل الاستثمار أو الشَّريك بشراء الأصول الاستثمارية التي يديرها بقيمتها الاسمية)[1] .

د) ندوة الصُّكوك الإسلامية : عرضٌ وتقويمٌ (جامعة الملك عبد العزيز بجدة) :

- ففي توصيات النَّدوة ، التي عقدت في 10-11 جمادى الآخرة 1431 هـ الموافق له 24-25 مايو 2010م ، بالتَّعاون مع مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي ومجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي والمعهد الإسلامي للبحوث والتَّدريب عضو مجموعة البنك الإسلامي للتَّنمية - جاء في توصيات المحور الرَّابع الخاص بـ (أحكام ضمان الصُّكوك وعوائدها ، ضمان الطَّرف الثَّالث، ضمان القيمة الاسمية والعائد ، الضَّمان بعوض)، في البند (ثانياً) : (منع تعهد المصدِر بإعادة شراء الأصول المؤجرة بقيمتها الاسمية). وقد كانت التَّوصيات قد أكَّدت في بندها الأوَّل على ما جاء في قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي الصَّادرة في هذا الخصوص ، وبيان المجلس الشَّرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسَّسات المالية الإسلامية..

هـ) ندوة البركة الثَّانية والثَّلاثين للاقتصاد الإسلامي :

- ففي فتاوى النَّدوة التي عقدت في 10-11 رمضان 1432هـ الموافق له 10-11 أغسطس 2011م ، جاء في الفتوى (1/32) الخاصَّة بمحور (إصدار الصُّكوك الاستثمارية بمراعاة المقاصد والمآلات وملكية حملتها وضماناتها)، في البند (3) ، أنه : (... لا يجوز التَّعهد من مصدِر الصُّكوك ومديرها بشراء أصول الصُّكوك أو استردادها

1 – الأبحاث والتَّوصيات – المؤتمر الفقهي الثاني للمؤسَّسات المالية الإسلامية ص 299 .

بالقيمة الاسمية ، لأن ذلك يؤدي إلى الضَّمان في حالة هبوط القيمة ولو لم تتعرَّض أصول الصُّكوك للتَّلف الكلّي أو الجزئي). والمقصود بالإدارة ما يشمل الاستثمار ، وهو المعهود في الإطلاق الجاري به العمل .

وإذا كانت هذه القرارات والتَّوصيات قد منعت التَّعهد بالشِّراء بالقيمة الاسمية ، فهذه القيمة ليست مقصودة لذاتها ، وإنما لمعنى تحديد مبلغها بمقدارٍ معيَّن . فإذا كان التَّعهد بالشِّراء بمثل هذه القيمة أو بأكثر منها أو بأنزل عنها ، فالجميع يشترك في معنى التَّحديد ، وهو في الحكم سواءٌ ، لأن مؤدَّى تحديد مقدار الثَّمن تحقُّق الضَّمان لأصول الصُّكوك أو قيمتها بمقدار المبلغ المحدَّد ، قلَّ أو كثر .

التَّعهد بالشِّراء بثمنٍ متَّفق عليه ابتداءً من الوكيل (غير الوكيل بالاستثمار) أو المستأجِر:

ما تقدَّم الكلام فيه بشأن التَّعهد بالشِّراء بثمنٍ محدَّدٍ، متَّفقٍ عليه من أوَّل الأمر، كان في التَّعهد الذي يَصدر من المضارب أو الشَّريك أو الوكيل بالاستثمار. لكنَّ الأمناء الذين يُصدرون الصُّكوك ويتعهدون بشراء أصولها بالثَّمن المذكور لا يقتصرون على هؤلاء، فقد يكون المصدِر ـ كما سبق بيانه ـ وكيلاً بالإدارة1 ، أو وكيلاً بالبيع2 ، كما قد يكون مستأجِراً لأصول الصُّكوك3 . فما حكم تعهد هؤلاء بالشِّراء، إن صدر بثمنٍ محدَّد المقدار ابتداءً ؟ .

الوكيل ، سواءٌ كان وكيلاً بالإدارة أو وكيلاً بالبيع وفي حيازته ما وكّل ببيعه ، ومثلهما الوكيل بالشِّراء والتسلُّم (القبض لما وكّل بشرائه) ، أمينٌ على ما تحت يده مما يحوزه بموجب عقد الأمانة ، فلا يضمنه إلا في حال التَّعدي أو التَّقصير أو مخالفة الشُّروط، وفيما عدا ذلك تبقى يده على حالها من الأمانة وانتفاء الضَّمان . وحكم هؤلاء الوكلاء لا يختلف في ذلك عن حكم الوكيل بالاستثمار . ولذا فإن المعايير الشَّرعية قد قرَّرت هذا الحكم ـ كما نقلناه من قبل ـ في حقِّ الوكيل مطلقاً ، ولم تفرِّق بين وكيلٍ بالاستثمار وغيره ممَّن ذكرنا من الوكلاء4 .

وإذا امتنع الضَّمان من هؤلاء ، امتنع عليهم التَّعهد بالشِّراء لما تحت أيديهم بثمنٍ محدَّد المقدار ابتداءً ، لما يؤدي إليه هذا التَّعهد ـ وقد تبيَّن مما مضى ـ من ضمانٍ لما هم مؤتمنون عليه ، سواءٌ في ذاته ، إن كان التَّعهد بشراء الموجود منه بكل الثَّمن ، أو في قيمته ، في حال بقائه على حاله ، وكلاهما معدودٌ في الضَّمان الممنوع شرعاً .

---

1 – راجع ما تقدَّم : ص 12 .

2 – راجع ما تقدَّم : ص 12 .

3 – راجع ما تقدَّم : ص 12 .

4 – راجع ما تقدَّم : ص 15 .

ولكن إذا اقتصرت الوكالة بالبيع على التَّعاقد على البيع دون أن يكون المبيع في حيازة الوكيل ، أو اقتصرت الوكالة بالشِّراء على التَّعاقد على الشِّراء دون تسلُّمٍ للمشترَي،، فإن هذه الوكالة لا تَمنع الوكيل من التَّعهد بشراء ما جرى التَّوكيل ببيعه أو شرائه ولو كان التَّعهد صادراً بثمنٍ محدَّد المقدار ابتداءً ، لأن يدَ الوكيل في هاتين الحالتين أجنبيَّة عما تعهَّد بشرائه ، غير مؤتمنة عليه ، لخروجه عن حيازتها ، وقد اقتصرت الوكالة فيهما على التَّعبير عن إرادة البيع أو إرادة الشِّراء دون الحيازة .

وقد أجاز المعيار الشَّرعي رقم (8) في شأن المرابحة للآمر بالشِّراء، في البند (3/1/3)، للمؤسَّسة أن توكِّل - عند الحاجة الملحَّة - العميلَ الآمرَ بالشِّراء بشراء السِّلعة لصالحها1 . وقد كان المقتضى أن يحترز المعيار في هذا الجواز عن الحالة التي يكون فيها الآمر بالشِّراء قد وعدَ المؤسَّسة وعداً ملزماً بشراء السِّلعة منها بثمنٍ محدَّد المقدار في الوعد،، بعد أن يشتريها ويتسلَّمها بالوكالة عنها ، خروجاً من تضمين الوكيل ما لا يضمنه شرعاً،، وهو ما فعله المعيار في الوعد - الملزم - من العميل بشراء حصَّة المؤسَّسة بالمرابحة بثمنٍ محدَّد المقدار في الوعد ، إن كانت هناك مشاركة بين المؤسَّسة والعميل2 .

ولا يختلف المستأجِر عن الوكيل، بالنسبة للعين المؤجَرة ، فهو أمينٌ عليها ما دامت في حيازته ، وهو لا يضمنها إلا في حالة التَّعدي أو التَّقصير أو مخالفة شروط الانتفاع بها،، وقد تقدَّم ذلك3 . فكلُّ ما يؤدي إلى جعل ضمان هلاك أو تلف العين المؤجَرة ، أو ضمان قيمتها ، على المستأجِر ، في غير الحالات المذكورة ، لا يجوز شرعاً .

فإذا تقرَّر ذلك ، فإن تعهد المستأجِر المصدِر للصُّكوك بشراء الأعيان المؤجرة التي هي أصول الصُّكوك ، بثمنٍ محدَّد المقدار ابتداءً ، ومنه القيمة الاسمية للأعيان ، لا يجوز شرعاً ، لما في ذلك من ضمان تلفها أو نقصها ، إذا كان التَّعهد صادراً بشراء الموجود من

---

1 – المعايير الشَّرعية ص 95 .

2 – انظر المعايير الشَّرعية ص 93 . وقد مايزَت فتوى ندوة البركة الثَّانية والثَّلاثين للاقتصاد الإسلامي ، رقم (1/32) ، في البند (3) ، بين التَّعهد بشراء المبيع (بقيمة محدَّدة المقدار) من الآمر بالشِّراء في المرابحة ، والتَّعهد بشراء أصول الصُّكوك بالقيمة الاسمية من مصدِرها الشَّريك ، فقالت : ((ويختلف الحال عن تعهُّد الآمر بالشِّراء في المرابحة بشراء المبيع ولو هبطَت قيمته ، لأن البيع يختلف عن المشاركة من حيث الضَّمان)) . وهذا محمول على عدم توكيل الآمر بالشِّراء بشراء وتسلُّم ما تعهَّد بشرائه ، وإلا لما اختلف حكم الضَّمان بين الوكيل والشَّريك .

3 – راجع : ص 9، 16 .

الأعيان بجميع الثَّمن أياً كانت حاله عند الشِّراء ، وهو مستخدمٌ في بعض الصُّكوك1 ، أو ضمان نقص قيمتها السُّوقية عن مقدار الثَّمن المتعهَّد بالشِّراء به . فالضَّمان للعين المؤجَرة بأيٍّ من هذه الصور، لا يجوز أن يوضَع على المستأجِر. وفي توافر الضَّمان للأعيان المؤجَرة، بهذا التعَّهد، إذا لم تهلك، يقول الدكتور عبد السَّتار أبو غدَّة: (... تعهُّد المستأجِر للأصول في صكوك التأجير بشرائها بالقيمة الاسمية أو بما يتم الاتفاق عليه، وذلك يحقّق ضمان أصول الصُّكوك ما دامت الموجودات قائمة...)2 .

ومع أن المجلس الشَّرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسَّسات المالية الإسلامية قد قرَّر في بيانه الخاص بالصُّكوك ، الصَّادر في عام (2008) ، عدم جواز تعهد المضارب أو الشَّريك أو وكيل الاستثمار بشراء أصول الصُّكوك من حامليها بقيمتها الاسمية عند إطفاء الصُّكوك ، كما مرَّ نقله3 ، إلا أنه أجاز للمستأجِر أن يتعهد بشراء الأعيان (الأصول) المؤجَرة بقيمتها الاسمية . فقد جاء في (البند خامساً) من البيان، أنه: (يجوز للمستأجِر في التَّعهد في صكوك الإجارة شراء الأصول المؤجَرة عند إطفاء الصُّكوك بقيمتها الاسمية، على ألا يكون شريكاً أو مضارباً أو وكيلاً بالاستثمار) . وهذا، مع أن أساس منع التَّعهد من الشَّريك أو المضارب أو وكيل الاستثمار - وقد فصَّلناه من قبل - أن هؤلاء أمناء ، فلا يضمنون إلا في حالة التَّعدي أو التَّقصير أو مخالفة شروط التعاقد . يقول الدكتور حسين حامد حسَّان: (وقد استدلوا على المنع من الشِّراء بالقيمة الاسمية بأن ذلك يدخل تحت ضمان

---

1 - ومنها ((صكوك نخيل)) ، التي صدرت في (ديسمبر 2006) ، وهي صكوك إجارة ، حيث تمَّ التَّصريح بأن شراء الأصول (المؤجَرة) بموجب التَّعهد بالشِّراء يكون بحالتها عند الشِّراء ، وبجميع الثَّمن (الذي تشتمل عناصر تحديد مبلغه على مبلغٍ مساوٍ للقيمة الاسمية للصُّكوك) أياً كانت هذه الحالة ، ودون أي ضمان من المؤجِر لها أو لملاءمة الأصول للغرض المقصود منها ، أو لصلاحيتها للاستخدام ، أو غيره ، وذلك إلى الحدِّ الأقصى الذي يسمح به القانون . (انظر نشرة الإصدار الخاصَّة بهذه الصُّكوك : ص 13، 90، 124) . وإن كانت النَّشرة قد نصَّت على عدم تنفيذ التَّعهد بالشِّراء في حال التَّلف الكلّي للأصول . (انظر : ص 45 ، 69) . وقد تمَّ التَّعهد بالشِّراء بهذه الكيفية عند إصدار الصُّكوك ، وقد يتأخَّر تنفيذ الشِّراء إلى تاريخ إطفائها ، بعد ثلاث سنوات من إصدارها . فالمستأجِر قد تعهَّد بشراء الأصول المؤجَرة أياً يكون عليه حالها بعد السَّنوات الثلاث .

1- بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية 79/11 . وقد أورد فضيلته هذه العبارة للتَّدليل على الحماية التي يحقِّقها هذا التَّعهد لحملة الصُّكوك ، وهي في رأي فضيلته حماية مشروعة ، بشرط ألا يكون المستأجِر مديراً للصُّكوك ، مضارباً كان أو شريكاً أو وكيلاً بالاستثمار . وانظر للدكتور عبد السَّتار أبو غدَّة : المرجع نفسه 81/9 ؛ تعهدات مديري العمليات الاستثمارية ص 157 .

3 - راجع ما تقدَّم : ص 34 .

الأمين (مضارباً أو شريكاً أو وكيلاً) للمال الذي يحوزه على سبيل الأمانة ، لأن هذه العقود من عقود الأمانات ، التي لا يَضمن فيها الأمين إلا بالتَّعدي على المال أو التَّقصير في حفظه أو الخطأ في اتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنه أو مخالفة شروط عقد الأمانة ، أي المضاربة والمشاركة والوكالة في الاستثمار ...)1 . وهذا الأساس يتوافر في المستأجِر ، فهو أمينٌ على العين المؤجَرة باتفاق الفقهاء2 ، وهو ما صرَّح به المعيار الشَّرعي رقم (5) بشأن الضَّمانات ، في البند (3/2) ، الذي نصَّ على أن: (ضمان العين المؤجَرة على مالكها ، وهي أمانة في يد المستأجِر ، فلا يجوز اشتراط الكفالة أو الرَّهن أو نحوهما على المستأجِر للاستيفاء عند هلاك العين المؤجَرة ، ما لم يكن الاشتراط مقتصراً على حالات التَّعدي أو التَّقصير أو المخالفة . ويترتب على ذلك أن المؤجِر يتحمَّل تبعة الهلاك ، ما لم ينشأ بسبب تعدي المستأجِر أو تقصيره ...)3 . وفي المعيار الشَّرعي رقم (9) بشأن الإجارة والإجارة المنتهية بالتَّمليك، نصَّ البند (8/1/5)، على أن: (العين المؤجَرة تكون على ضمان المؤجِر طيلة مدَّة الإجارة، ما لم يقع من المستأجِر تعدٍّ أو تقصير ...)4 .

وبهذا تكون القاعدة في هذا الباب: أن كلَّ ما لا يجوز للأمين ضمانه، لا يجوز له أن يتعهد بشرائه بثمن محدَّدٍ متفق عليه ابتداءً..

التَّعهد بالشِّراء بثمنٍ متَّفق عليه ابتداءً في نظر بعض وكالات التَّصنيف الائتماني ، وأهميته في تصنيف الصُّكوك::

من المفيد بعد أن تبيَّنا الموقف الفقهي من التَّعهد بالشِّراء بثمنٍ محددٍ متَّفق عليه عند إصدار التَّعهد،، أن نتعرَّف على رأي بعض وكالات التَّصنيف الائتماني فيه وفي أهميته في التَّصنيف الائتماني للصُّكوك ، من وجهة نظرٍ فنيَّة بحتة ، تستند إلى الوضع القانوني لهذا التَّعهد ، وتعتمد على طبيعة الالتزام الذي ينشئه على المتعهِّد ، آخذة في اعتبارها أثر هذا التَّعهد على المخاطر التي يتعرَّض لها حملة الصُّكوك .

---

1 - إصدار الصُّكوك ص 51 . وانظر : مراعاة مقاصد الشَّريعة ومآلات الأفعال في العمل المصرفي الإسلامي للدكتور حسين حامد حسَّان ص 91 ؛ الصُّكوك وتطبيقاتها المعاصرة للشيخ محمد تقي العثماني ص 8 ؛ تعهدات مديري العمليات الاستثمارية للدكتور عبد السَّتار أبو غدَّة ص 152، 153 .

2 - راجع ما تقدَّم : ص 14 .

3 - المعايير الشَّرعية ص 48 .

4 - المرجع السَّابق ص 115 .

وهذه الوكالات تتكلّم عن التّعهد الذي يتكوَّن فيه الثَّمن من القيمة الاسمية لأصول الصُّكوك (رأس مال الصُّكوك) ، ومبلغٍ مساوٍ لمقدار الرِّبح الذي لم يتحقَّق أو يُدفَع عن الفترة السَّابقة لتنفيذ التَّعهد من عمر الصُّكوك ، أو أي جزء من أجزاء تلك الفترة[1] .

1) أنه ضمانٌ لأصول الصُّكوك (رأس مالها) وربحها:

حيث جاء في تقرير (RAM RATINGS)، بعنوان: (SUKUK FOUCUS)، الصَّادر في (يوليو - 2011)، ما يلي:

- (الآلية الشَّائعة للضَّمان التي وجِدت في هياكل مختلفة للصُّكوك - وتحديداً تلك الموجودة في ماليزيا - هي التَّعهد بالشِّراء. فالتَّعهد بالشِّراء المستخدَم في معاملات الصُّكوك هو أساساً وعدٌ بإعادة شراء حصَّة حملة الصُّكوك في أصول المحفظة). وقد جاءت هذه العبارة تحت عنوان: (آلية صريحة للضَّمان: التَّعهد بالشِّراء)[2] .

- (السَّبب وراء قلق العلماء [الشَّرعيين] هو أنه في حين تعدُّ صكوك المضاربة وصكوك المشاركة في الأساس أداة مماثلةً لأداة التَّملك في مشروع استثماري ، إلا أن السُّوق قد استخدمت تقنيات خاصَّة - مثل التَّعهد بالشِّراء عند الاستحقاق أو في حالات محدَّدة من حالات الإخفاق - لضمان رأس المال المستثمَر والرِّبح غير المدفوع إلى تاريخ تصفية الصُّكوك)[3] .

- (... إن وجود التَّعهد بالشِّراء يتعارض مع مبدأ المشاركة في المخاطر الموجود في عقود المشاركة، لأن التَّعهد بالشِّراء يَضمن بشكل فاعل رأس مال المستثمِرين، وهذا يعني أنه لا توجد مخاطر على حملة الصُّكوك)[4].

- (الآلية الأخرى التي يمكن ملاحظتها للضَّمان [في صكوك شركة نخيل التي تم إصدارها في 2006 وهي صكوك إجارة] قد جاءت في شكل تعهدٍ بالشِّراء. وقد تحمَّلت به شركة نخيل القابضة (2) [المستأجرة] مسؤولية شراء جميع حقوق شركة نخيل ذات الغرض الخاص [المؤجرة] في أصول الصُّكوك عند الاستحقاق ، أو بشكل أكثر أهمية ، في حالة الإخفاق)[5] .

---

1 – راجع ما تقدَّم : ص 18. هامش (1) .

2 – ص 6 . وانظر من التَّقرير : ص 4 .

3 – ص 1 .

4 – ص 8-9 . وقد أورد التَّقرير بعض حجَج من يرون جواز استخدام التَّعهد بالشِّراء . بثمنٍ متَّفق عليه ابتداءً . (ص9) . وقد تقدَّم بسط هذه الحجَج ومناقشتها .

5 – ص 6 .

ولأجل التَّعهد بالشِّراء بثمن متَّفق عليه من المصدِرِ الشَّريك، أوردت (STANDARD & POOR'S) في تقريرها المعنون: (Standard & Poor's Approach To Rating Sukuk)، الصَّادر في (سبتمبر 2007)، صكوكَ المشاركة التي أصدرها مصرف الشَّارقة الإسلامي، في عام 2006، ممثِّلة بها للصُّكوك المضمونة بشكل كامل1 .

2) أنه يجعل المتعهِّد مرتكَز مخاطر الائتمان في الصُّكوك:

بما أن التَّعهد بالشِّراء ، محلَّ البحث ، يعدُّ ضماناً أو نوعاً من الضَّمان من المتعهِّد ، فإنه بهذا التكييف ينقل مرتكَز (أو محور) المخاطر المتوافرة في الصُّكوك من أصول الصُّكوك إلى المتعهِّد المصدِرِ للصُّكوك، والذي قد يكون مضارباً أو شريكا أو وكيلاً أو مستأجِراً، ويجعل الاهتمام بمخاطر أصول الصُّكوك أمراً ثانوياً من حيث الأهميَّة والتَّأثير الفعلي .

وفي هذا :

- جاء في تقرير (RAM RATINGS)، السَّابق: (أنه في حين أن التَّعهد بالشِّراء يغيِّر أسس قياس مخاطر العملية، لأنه يعزِّز الوضع الائتماني للهيكلة، فإنه ينقل أيضاً، وبشكل جذري، مرتكَز مخاطر الائتمان إلى الجهة المقدِّمة للتَّعهد بالشِّراء)2 .

- وجاء في تقرير (Moody's)، بعنوان: (Shari'ah and Sukuk: A Moody's Primer)، الصَّادر في (مايو - 2006) أن: (وجود التَّعهد بالشِّراء يغيِّر بشكل جذري أسس المخاطر الائتمانية لهيكلة الصُّكوك. فحيث وجِد ، فإن المستثمِرين يتعرَّضون لمخاطر الشركة أو الجهة السِّيادية المقدِّمة له ، وأي تحليل للأصول يصبح ثانوياً)3 .

---

1 - 4-5 .

2 - ص6 . وانظر: تقرير (RAM RATINGD) . بعنوان: (Islamic Finance Bulletin) . الصَّادر في (يونيو-2009) . ص 31 .

3 - ص 10 .

- وجاء في التَّقرير نفسه، أيضاً، عند الحديث عن التَّعهد بشراء الأصول المؤجَرة ، في صكوك الإجارة ، برأس مال الصُّكوك ، أنه: (حيث كان الأمر كذلك ، فإن القيمة السُّوقية الفعلية للأصول [المؤجَرة] لا تأثير لها ، فحملة الصُّكوك لا يتعرَّضون لمخاطر السُّوق هذه ...)1 .

3) أنه يجعل الجودة الائتمانية للصُّكوك معتمدةً على الجودة الائتمانية للمصدِر:

لما كان مرتكَز مخاطر الصُّكوك ينتقل بالتَّعهد بالشِّراء إلى مصدِرها، فإن الجودة الائتمانية للمصدِر تصبح هي الأساس في تقويم الجودة الائتمانية للصُّكوك. فقد جاء في تقرير (Moody's)، السَّابق : (تعتقد "موديز" أنه في معظم عمليات صكوك الشركات ، فإن جودة الائتمان في الصُّكوك تعزَّز في الغالب ، وبشكل حصري ، بالائتمان الخاصِّ بالمنشئ [للصُّكوك] ، وذلك من خلال التَّعهد بالشِّراء)2.

4) أن التَّعهد بالشِّراء أساسيٌ في التَّصنيف الائتماني للصُّكوك:

مما تقدَّم في النقاط الثلاث، نتبيَّن أهمية التَّعهد بالشِّراء بثمنٍ محدَّدٍ يساوي القيمة الاسمية لأصول الصُّكوك وأكثر منها بما يغطي مبلغ الرِّبح، في التَّصنيف الذي تجريه وكالات التَّصنيف الائتماني للصُّكوك ، فبدونه ، لا يمكن لها أن تصنِّف الصُّكوك ائتمانياً في مصافِّ ودرجة السَّندات التقليدية القائمة على الإقراض بفائدة ، مع ضمان أصل القرض وفائدته .

وفي هذه الأهمية :

- جاء في تقرير (RAM RATINGS)، بعنوان: (SUKUK FOCUS) : (النتيجة : أنه طوال تطوُّر الصُّكوك والسَّندات التَّقليدية ، كان الضَّمان دوماً أحد عوامل التَّصنيف المستخدمة في تقويم الائتمان . والضَّمانات، بصفتها شكلاً من أشكال تعزيز الائتمان، يمكن أن تتحقَّق بآليات مختلفة - مباشرة أو غير مباشرة - ومنها استخدام التَّعهد بالشِّراء...)3.

---

1 – ص 8 .

2 – ص 10 . وانظر أيضاً : ص 5 . ولذا فان التَّقرير يطمئن المستثمرين التَّقليدين ، بشأن المخاطر . فإذا لم يكن ما ينتج من أصول الصُّكوك كافياً لتغطية الدفعات الدَّورية ، فإنه ومن خلال التَّعهد بالشِّراء يتم جبر أي نقص ، الأمر الذي يجعل أداء هذه الأوراق المالية معتمداً على المتعهِّد ، وإن كان مصدر ما يتمُّ دفعه في الأصل هو أصول الصُّكوك . (انظر: ص 9، 11) .

3 – ص 12 .

- وجاء في تقرير (Moody's)، السَّابق: (والنتيجة، فإن منهج تحليلنا لمعاملة المشاركة [صكوك المشاركة]، يتكوَّن في الغالب من خطوتين، حيث يتم التركيز على: (1) خصائص اتفاقية التَّعهد بالشِّراء. (2) الجودة الائتمانية للمنشئ [للصُّكوك]/ المقترض)1 .

ثانياً : التَّعهد بالشِّراء بقيمة أصول الصُّكوك عند تنفيذ التَّعهد :

في هذا التَّعهد لا يلتزم مصدِر الصُّكوك بشراء أصولها بثمنٍ محدَّدِ المقدار، وإنما يلتزم بشرائها بقيمتها وقت تنفيذ التَّعهد وشراء الأصول، أياً كانت هذه القيمة. وقيمة الأصول تقدَّر بمعايير مختلفة، فهي قد تكون القيمة السُّوقية للأصول، أو القيمة العادلة لها2 ، أو صافي قيمتها .

وتعهُّد مصدِر الصُّكوك بشراء أصولها بقيمتها، جائزٌ شرعاً وإن كان المصدِر أميناً، مضارباً أو شريكاً أو وكيلاً أو مستأجراً3 . ويرجع ذلك إلى أن هذا التَّعهد لا يؤدي إلى ضمان أصول الصُّكوك ، في ذاتها أو في قيمتها الاسمية ، فلم يكن فيه ما ينافي مقتضى عقد الأمانة الذي يحوز هؤلاء الأصول بموجبه .

فقيمة أصول الصُّكوك عند تنفيذ التَّعهد تتأثر سلباً بأي تلفٍ تتعرَّض له تلك الأصول، وهذا ينفي عن المتعهِّد ضمان أصول الصُّكوك في ذاتها وكيانها المادي. كما أن قيمتها قد تنخفض عن القيمة الاسمية، لأسباب موضوعية تؤثِّر في معايير تقدير قيمة الأصول ، وهذا ينفي عن المتعهِّد ضمان الخسارة في القيمة الاسمية لأصول الصُّكوك . وإذا ارتفعت القيمة عن القيمة الاسمية ، للأسباب نفسها ، كان هذا الارتفاع ممثلاً زيادة فعلية في قيمة تلك الأصول ومحقّقاً ربحاً رأسمالياً بمقداره ، فلم يكن في الشِّراء بتلك القيمة ضمانٌ لربح فائت غير متحقّق4.. فالقيمة التي يلتزم المتعهِّد بالشِّراء بها ، هي القيمة التي يمكن لحملة الصُّكوك بيع أصول الصُّكوك بها للغير ، قلَّت أو كثرت .

---

1 - ص 10 . ويلاحظ إطلاق ((المقترض)) على الجهة المصدِرة للصُّكوك !

2 - انظر في تعريفها : معايير المحاسبة والمراجعة والضَّوابط للمؤسَّسات المالية الإسلامية ص 324، 569-570 .

3 - انظر تعهدات مديري العمليات الاستثمارية للدكتور عبد السَّتار أبو غدَّة ص 153، 155، 156 ؛ إصدار الصُّكوك للدكتور حسين حامد حسَّان ص 50، 72 ؛ تعهدات مديري العمليات الاستثمارية للدكتور موسى آدم ص 183،.199..

4 - ويكون الشِّراء من المصدِر عندئذٍ تنضيضاً فعلياً لأصول الصُّكوك . ويكون له ، إن كان مضارباً أو شريكاً ، حصَّة من الرِّبح . (انظر : بحوث في قضايا فقهية معاصرة للشيخ محمد تقي العثماني ص 236) . وله في هذه الحالة الشِّراء بثمنٍ محسومٍ منه حصَّته من الرِّبح ، وتكون

وقد التقى الاجتهاد الجماعي المعاصر على جواز هذا التَّعهد شرعاً، وهو ما يتَّضح من الآتي:

أ) مجمع الفقه الإسلامي الدولي :

- حيث جاء في القرار رقم 136(15/2) بشأن المشاركة المتناقصة وضوابطها الشَّرعية،، في البند (5/أ) ، أن مما يجب مراعاته للحكم بجواز المشاركة المتناقصة: (عدم التَّعهد بشراء أحد الطَّرفين حصَّة الطَّرف الآخر بمثل قيمة الحصَّة عند إنشاء الشركة ، لما في ذلك من ضمان الشَّريك حصَّة شريكه ، بل ينبغي أن يتم تحديد ثمن بيع الحصَّة بالقيمة السُّوقية يوم البيع ، أو بما يتم الاتفاق عليه عند البيع) .

- وجاء في القرار رقم 178 (19/4) بشأن الصُّكوك الإسلامية (التَّوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها ، في البند (ثالثاً/3) ، أنه : (لا يجوز إطفاء الصُّكوك بقيمتها الاسمية،، بل يكون الإطفاء بقيمتها السُّوقية أو بالقيمة التي يُتَّفق عليها عند الإطفاء) .

ب) المجلس الشَّرعي لقيمة المحاسبة والمراجعة للمؤسَّسات المالية الإسلامية :

- فقد نصَّ المعيار الشَّرعي رقم (8) بشان المرابحة للآمر بالشِّراء ، في البند (5/2/2) ، على أنه : (إذا وعَد أحد الشَّريكين الآخر بشراء حصَّته بالقيمة السُّوقية للبيع أو بقيمة يتَّفقان عليها في حينه ، فلا مانع من ذلك ، بعقد شراء جديد ، سواء أكان الشِّراء بثمنٍ حالٍّ أو مؤجَّل)1 .

- وذهب المعيار الشَّرعي رقم (12) بشأن الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ، في البند (7/5) ، إلى أنه : (يجوز إصدار أحد الشَّريكين وعداً ملزماً يحقُّ بموجبه لشريكه تملُّك حصَّته تدريجياً من خلال عقد بيع عند الشِّراء ، وبحسب القيمة السُّوقية في كلِّ حين، أو بالقيمة التي يُتَّفق عليها عند الشِّراء)2 .

النتيجة واحدة إن روعي في حساب الرِّبح نفقات ومصروفات المضاربة أو المشاركة . وقد جاء في (بدائع الصَّنائع) : (وإذا اشترى المضارب بمال المضاربة متاعاً وفيه فضلٌ أو لا فضل فيه ، فأراد ربُّ المال بيع ذلك ، فأبى المضارب ، وأراد إمساكه حتى يجد ربحاً ، فإن المضارب يُجبَر على بيعه ، إلا أن يشاء أن يدفعه إلى ربِّ المال ، لأن منع المالك عن تنفيذ إرادته في ملكه لحقٍّ يَحتمل الثُّبوت والعدم وهو الرِّبح ، لا سبيل إليه ، ولكن يقال له : إن أردت الإمساك فردَّ عليه ماله . وإن كان فيه ربحٌ ، يقال له : ادفع إليه رأس المال وحصَّته من الرِّبح ، ويسلِّم المتاع إليك) . (100/6) .

1 - المعايير الشَّرعية ص 93 .

2 - المعايير الشَّرعية ص 171 .

- وجاء في المعيار الشَّرعي رقم (17) بشان صكوك الاستثمار، في البند (2/2/5): ((في الصُّكوك القابلة للتَّداول يجوز أن يتعهَّد مصدِر الصَّك في نشرة إصدار الصُّكوك، بشراء ما يُعرض عليه من هذه الصُّكوك، بعد إتمام عملية الإصدار، بسعر السُّوق...))[1] .

- وفي بيان المجلس الشَّرعي ، الخاصِّ بالصُّكوك ، الذي صدر في عام (2008) ، جاء في البند (رابعاً) ، أنه : (يجوز أن يكون التَّعهد بالشِّراء [لأصول الصُّكوك من المضارب أو الشَّريك أو وكيل الاستثمار ، المصدِر للصُّكوك] على أساس صافي قيمة الأصول أو القيمة السُّوقية أو القيمة العادلة أو بثمن يُتَّفق عليه عند الشِّراء) .

(ج) ندوة الصُّكوك الإسلامية : عرضٌ وتقويمٌ (جامعة الملك عبد العزيز بجدة) :

حيث جاء في توصيات المحور الرَّابع لهذه النَّدوة ، التي سبقت الإشارة إليها[2] ، في البند (الثاني): (منع تعهد المصدِر بإعادة شراء الأصول المؤجرة بقيمتها الاسمية ، ولا مانع من أن يتم ذلك بالقيمة السُّوقية أو بما يتَّفقان عليه عند إعادة الشِّراء (إطفاء الصُّكوك) .

(د) النَّدوة الفقهية الثالثة لمصرف أبو ظبي الإسلامي : (التَّمويل بالمشاركة - الآليات العملية لتطويره):

فقد جاء في توصيات النَّدوة ، التي عقدت في 15-16 صفر 1432 هـ الموافق له 19-20 يناير 2011 ، في البند (2/2/2) - أن من آليات المشاركة التي يمكن الاستفادة منها: (المشاركة المتناقصة التي يتم فيها تخارج المؤسَّسة المموِّلة بالمشاركة تدريجياً بالقيمة السُّوقية أو العادلة لحصتها ...).

وقد ذهب المجلس الشَّرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسَّسات المالية الإسلامية، إلى أن الباقي من أقساط أجرة الأعيان المؤجرة إجارة منتهية بالتَّمليك، يمثِّل صافي قيمتها، ولذا فإنه يجوز للأمين التَّعهد بشراء أصول الصُّكوك بها، إذا كانت الأصول تقتصر على مثل هذه الأعيان.

جاء في بيان المجلس، الخاصِّ بالصُّكوك، في البند (رابعاً)، أنه: (إذا كانت موجودات صكوك المشاركة أو المضاربة أو الوكالة بالاستثمار تقتصر على أصول مؤجرة إجارة منتهية بالتَّمليك ، فيجوز لمدير الصُّكوك التَّعهد بشراء تلك الأصول - عند إطفاء الصُّكوك - بباقي أقساط الأجرة لجميع الأصول، باعتبارها تمثِّل صافي قيمتها . والمقتضى، أن الأعيان لا تزال قائمة بحالتها الأولى، عند تنفيذ الشِّراء، ولم تتأثَّر حالتها إلا بما يستلزم الاستخدام المعتاد لها بما يتَّفق مع طبيعتها والغرَض الذي وضعت له في الأصل).

---

1 – المعايير الشَّرعية ص 244 .

2 – راجع ما تقدَّم ص 35 .

وأوَّل ما استخدِمت هذه الطَّريقة في تحديد ثمن التعَّهد بالشِّراء، في صكوك مصرف أبوظبي الإسلامي (EMTN PROGRAMME) في الإصدارين الأوَّل (في ديسمبر - 2006)1 والثَّاني (في يوليو - 2010)2 . وقد كان الإصدار الأوَّل لهذه الصُّكوك سابقاً لبيان المجلس الشَّرعي المذكور، وهي صكوك مشاركة، وقد أصدر المصرف التَّعهد وهو شريك في أصول الصُّكوك .

ثالثاً : التَّعهد بالشِّراء بما يتم الاتفاق عليه عند الشِّراء :

وفي هذا التَّعهد يُترَك تحديد الثَّمن الذي يشتري به المصدِر أصول الصُّكوك، لما يتَّفق عليه مع حملة الصُّكوك (أو من يمثِّلهم)، عند تنفيذ الشِّراء.

وهذا التَّعهد جائزٌ شرعاً ، وهو ما ذهب إليه الاجتهاد الجماعي المعاصر ، كما نقلناه3 ، وهو أولى بالجواز من التَّعهد بشراء أصول الصُّكوك بقيمتها عند الشِّراء ، لأن ترك تحديد ثمن الشِّراء لما يوافق عليه المصدِر ، ويتَّفق عليه مع حملة الصُّكوك ، لا ينفي عن هذا التَّعهد صفة الضَّمان ، فحسب ، بل يجعله تعهداً غير ملزم للمصدِر ، لأن مؤدَّاه تخييرَه في قبول الثَّمن الذي يقبله أو يعرضه حملة الصُّكوك أو رفضه ، وهو إذا رفضه فلا تبعة عليه . ولم نقف على تطبيقٍ لهذا التَّعهد في أيٍّ من إصدارات الصُّكوك التي وقفنا عليها، ويبعد أن يجد سبيلاً إلى التَّطبيق.

وآخر دعوانا أن الحمد لله ربِّ العالمين ،،،

---

1 – كما في التَّعديل الملحق بمستند التَّعهد بالشِّراء الخاص بهذه الصُّكوك .

2 – انظر نشرة الإصدار : ص 106 .

3 – راجع ما تقدَّم : ص 46، 47 .

تعقيب على بحوث بعنوان:

تعهدات مصدري الصكوك لحامليها

إعداد

الدكتور/ حامد بن حسن ميرة

مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً. أما بعد:
فقد شرفتني اللجنة العلمية المنظّمة لندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الرابعة، بطلب كتابة تعقيب على البحوث المقدَّمة لمعالجة أحد محاور الندوة، والذي عُنون بـ: (تعهدات مصدري الصكوك لحامليها).
وقد استفدت كثيراً من قراءة البحوث الثلاثة المقدَّمة لمعالجة هذا المحور، وهي ممهورة بأسماء علماء ومتخصصين يشار لهم بالبنان، هم كلٌّ من: فضيلة د. عبدالستار أبو غدة، وفضيلة د. أسيد الكيلاني، وفضيلة د. موسى آدم عيسى.
وقد تميزت هذه البحوث بالعمق والمعالجة الدقيقة لجوانب الموضوع، جامعة بين التأصيل، وعرض الواقع ومعالجته؛ وعليه فالتوصيف الأقرب لما تحويه هذه الورقة هو "وقفات أو تأملات" منه إلى "تعقيب".

أسأل الله أن أكون قد وُفِّقت لإبراز شيء مما حوته من فوائد، والحمد لله في الأولى والآخرة، والصلاة والسلام على الحبيب محمد صلى الله عليه وسلم.

د/ حامد بن حسن ميرة

شهر الله المحرَّم 1433هـ
HamedMerah@gmail.com

أولاً:

بحث فضيلة الشيخ د/ عبدالستار أبو غدة

أورد فضيلة الدكتور أربعة أنواع من الضمانات التي رأى أنها لم تعالج في كثير من البحوث والندوات التي ناقشت موضوعات الصكوك، وسيقف الباحث وقفات يسيرة مع بعض ما جاء في هذا البحث.

الأول من الضمانات التي ناقشها البحث: (الوعد الملزم من المصدر بالشراء وغير الملزم للموعود)

وفي ص: (3) منه نُصَّ على الآتي: (وَوَعْدُ المدير بالشراء ملزمٌ؛ لأنه يقع شرطاً في عقد لازم وهو عقد الإدارة بأجر، والشرط في عقد لازم يجب الوفاء به ديانة وقضاء عند الحنفية وصاغوا بشأن ذلك قاعدة كلية، وهي " المواعيد لا يتعلق بها اللزوم إلا أن تكون شرطاً في عقد لازم")

التعليق:

أولاً:

الذي يظهر أن القاعدة المذكورة المقتبسة من المبسوط للإمام السرخسي ليس لها علاقة بالوعد، ولا بحكم الإلزام به ديانةً ولا قضاء؛ وذلك لما يأتي:

1. أن السياق الذي وردت فيه ليس له علاقة بالوعد، ولا بحكم الإلزام به، حيث يقول السرخسي –رحمه الله-: "وإذا كان لرجلٍ على رجلٍ مالٌ من ثمنِ بيعٍ قد حلَّ، فأخره عنه إلى أجل: فهو جائز وليس له أن يرجع عنه عندنا، وقال ابن أبي ليلى: له أن يرجع في الأجل إلا أن يكون ذلك على وجه الصلح بينهما، وذهب في ذلك إلى أن التأجيل معتاد جرى فيما بينهما أن لا يطالبه بالمال إلا بعد مضي المدة والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم إلا أن يكون شرطاً في عقدٍ لازم؛ ولهذا لا يثبت الأجل في القرض والعارية لأنه ليس بمشروط في عقد لازم؛ فكذلك لا يثبت في الثمن وغيره من الديون إلا أن يكون شرطاً في عقدٍ لازم، وكذلك الصلح أو أصل البيع إذا ذكر فيه الأجل، ولكنا نقول: لو باعه بثمن مؤجل في الابتداء يثبت الأجل فكذلك إذا أجله في الثمن في الانتهاء..، وبهذه المعاني يظهر الفرق بين الثمن وبدل القرض".(1)

وعليه فالمسألة هنا في لزوم الأجل والخلاف فيه؛ فيكون معنى القاعدة المذكورة -والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم إلا أن يكون شرطاً في عقدٍ لازم- على مذهب أبي حنيفة خلافاً لابن أبي ليلى أن التأجيل (الموعد) يكون لازماً إذا كان شرطاً في عقد لازم (كتأجيل دفع ثمن البيع -محل الخلاف في هذه المسألة-)، ولا يلزم الأجل في العقود

---

(1) المبسوط (30/ 133 -134).

الجائزة كالقرض والعارية. وعليه فهذه القاعدة تتحدث عن لزوم التأجيل وعدمه، لا عن إلزام الوعد من عدمه –من وجهة نظر الباحث والله أعلم بالصواب-.

2. ثم إن المتتبع لكلام الإمام السرخسي نفسه في مواضع عدة من المبسوط يتضح له بجلاء أن الحنفية (إجمالاً) لا يرون الإلزام بالوعد وبالأخص في المعاوضات المالية، وإليك طرفاً من كلام السرخسي في المبسوط مما يؤكد ذلك:

قوله: "الإنسان مندوب إلى الوفاء بالوعد من غير أن يكون ذلك مستحقاً عليه".(1).

وقوله: "وإذا قال المشتري للشفيع: أنا أبيعكها بما اشتريته به، فقال: قد قبلت ذلك، فأبى المشتري بعد ذلك أن يعطيه فلا شفعة له؛ .. لأن تمام البيع بلفظين هما عبارة عن الماضي، وقول المشتري: أبعتها، عبارة عن المستقبل، فهو وعدٌ لا إيجاب، والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم".(2).

3. إن ما يقطع الشك باليقين في كون الحنفية لا يرون الإلزام بالوعد في عقود المعاوضات المالية ما جاء في كتاب المخارج في الحيل لمحمد بن الحسن الشيباني -في سياق الحديث عن بيع المرابحة للآمر بالشراء-، ونصه: "قلت: أرأيت رجلاً أمرَ رجلاً أن يشتري داراً بألف درهم، وأخبره أنه إن فعل اشتراها الآمر بالألف درهم ومائة درهم، فأراد المأمور شراء الدار، ثم خاف إن اشتراها أن يبدو للآمر فلا يأخذها، فتبقى في يد المأمور؛ فكيف الحيلة في ذلك؟ قال: يشتري المأمور الدار على أنه بالخيار ثلاثة أيام.. وإن لم يرغب الآمر في شرائها تمكن المأمور من ردها بشرط الخيار، فيدفع عنه الضرر بذلك".(3).

وعليه فلو كان الوعد لازماً لما سُئل عن المخرَج فيما إذا اشتُريت السِّلعةُ بناء على وعد الآمر بالشراء ثم عدل الآمر عن وعده، ولم يشتر.

ثانياً:

ثم إنه ومن خلال نظرة مقاصدية لحكم الإلزام بالوعد وأثره في مسيرة المصرفية الإسلامية نجد أن الأقرب لمقاصد الشريعة وحِكَمها عدم الإلزام بالوعد في المواطن التي يحرم فيها العقد؛ لأنه إن قيل بخلاف ذلك، فإن كل محرَّم في العقود والمنتجات المصرفية يمكن تغيير حكمه من حرام إلى حلال بمجرد تغيير مسماه من عقد إلى وعد ملزم، مع عدم وجود فارق مؤثر في النتيجة والأثر.

بل إن واقع بعض منتجات المصرفية الإسلامية المعاصرة يشهد بذلك؛ حيث إن الصرف مع تأجيل البدلين (ربا الصرف) يتم الاستعاضة عن لفظ العقد بالوعد الملزم فيصبح الربا حلالاً، وبيع ما لا يملك (بيع المعدوم) ينقلب في منتجات المرابحة من حرام إلى حلال بمجرد الاستعاضة عن لفظ العقد بالوعد الملزم فيصبح حلالاً، وضمان رأس مال رب المال في المضاربة محرَّم ويقلب العقد من مضاربة إلى ربا، ولكنه بصيغة الوعد الملزم يصبح حلالاً؛

---

(1) المبسوط (21/ 39).

(2) المبسوط (30/ 191).

(3) ص: (133).

فهل شريعة الخبير العليم التي حرمت الربا والغرر وبيع ما لا يملك ونحوها لحكمٍ وعللٍ عظيمة، يصحُّ أن تبيحها بمجرد تغيير الاسم؟

ثالثاً:

بعد التنظير للقول بالإلزام بالوعد عن واقعه التطبيقي يتجلى ذلك في كون كثير ممن يرى الإلزام بالوعد قضاءً يقول: إن "أثر الإلزام [بالوعد]..: إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر".(1) ولكنك تجد الواقع العملي لما يسمى (وعداً ملزماً) في تطبيقات المصرفية الإسلامية، والصكوك منها على سبيل الخصوص بعيدٌ عن هذا التنظير، إذ إنك تجد صياغة ذلك في العقود تكون في جُمَلٍ جازمة حاسمة لا تدع مجالاً لاحتمال (مثل: يتعهد المصدر تعهداً جازماً غير مشروط وغير قابل للنقض بشراء أصول الصكوك ..)، مما يجعل ما سبق من التنظير بعيداً عن الواقع العملي للعقود.

ومن جهة أخرى فقد شهدت الجهات الفنية والمهنية (كمؤسسات التصنيف الائتماني، والمحللين الماليين وغيرهم) بأن حقيقة الوعد الملزم (أو التعهد) بشراء أصول الصكوك بقيمتها الاسمية أنه ضمان لرأس مال حملة الصكوك.

وقد أورد د/ أسيد الكيلاني في ورقته القيمة –المقدمة لهذه الندوة- جملة من نصوصهم المؤكدة لذلك بشكلٍ جلي، منها:

ما جاء في تقرير (RAM RATINGS) بعنوان: (SUKUK FOUCUS)،(2) ونصه: "الآلية الشَّائعة للضَّمان التي وجِدت في هياكل مختلفة للصُّكوك -وتحديداً تلك الموجودة في ماليزيا- هي التَّعهد بالشِّراء؛ فالتَّعهد بالشِّراء المستخدَم في معاملات الصُّكوك هو أساساً وعدٌ بإعادة شراء حصَّة حملة الصُّكوك في أصول المحفظة"، وقد جاءت هذه العبارة تحت عنوان: ((آلية صريحة للضَّمان: التَّعهد بالشِّراء))(3)

وكذلك: "... إن وجود التَّعهد بالشِّراء يتعارض مع مبدأ المشاركة في المخاطر الموجود في عقود المشاركة، لأن التَّعهد بالشِّراء يَضمن بشكل فاعل رأس مال المستثمِرين، وهذا يعني أنه لا توجد مخاطر على حملة الصُّكوك".(4)

وعليه فإن هذه الجهات الفنية التي تنظر لحقيقة الصك ومعناه دون النظر في شكله ومبناه تأكد لها أن حقيقة التعهد أو الوعد الملزم بشراء أصول الصكوك هي ضمان رأس مال حامل الصك، فكان الأولى بالدارس للحكم الشرعي للصك أن ينظر إلى هذه الحقائق والمآلات دون الالتفات للشكل.

النتيجة:

---

(1) من نص القرار 40-41 (5/2، و5/3) الصادر عن الدورة الخامسة لمجمع الفقه الإسلامي التي عُقِدت في الكويت عام 1409ه.

(2) الصَّادر في (يوليو - 2011م).

(3) ص: (6) من التقرير المذكور، نقلاً عن ورقة د/ أسيد الكيلاني ص: (40).

(4) ص: (8-9) من التقرير المذكور، نقلاً عن المرجع السابق ص: (41).

لذلك فإن الذي يترجح للباحث –والله أعلم بالصواب- أن الوعد الملزم – سواءٌ أكان ملزماً لطرفٍ واحدٍ أم لطرفين- إنما يجوز في المواضع التي يجوز فيها العقد، ويحرُم في المواضع التي يحرم فيها العقد.[1]

تطبيق ذلك فيما نحن بصدده: عدم جواز ضمان مصدر الصكوك قيمة الصك (رأس المال) ولا مقداراً محدداً من الأرباح، سواءٌ أكان ذلك في صيغة التزام أم تعهُّدٍ أم وعدٍ ملزم، وكذلك فلا يجوز التزام المصدر أو تعهده أو وعده وعداً ملزماً بشراء أصل الصكوك (أو ما تمثله الصكوك) بالقيمة الاسمية للصك عند إطفاء الصكوك، أو إنهائها قبل حلول أجل إطفائها لأيٍّ من الظروف الطارئة.

وهو ما يتفق مع ما ذهب إليه المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في البند (2/2/5) من المعيار الشَّرعي (17) -معيار: صكوك الاستثمار- ونصُّه: "في الصُّكوك القابلة للتَّداول يجوز أن يتعهَّد مصدِر الصَّك في نشرة إصدار الصُّكوك بشراء ما يُعرَض عليه من هذه الصُّكوك بعد إتمام عملية الإصدار، بسعر السُّوق، ولكن لا يجوز أن يكون وعد الشِّراء بالقيمة الاسمية للصَّك".

الثاني من الضمانات التي ناقشها البحث: (إصدار المصدر وعدا بالشراء مع وعد من حامل الصك بالبيع مع اختلاف مورد الوعدين)

الذي يظهر للباحث عدم جواز هذا النوع من أنواع الضمانات؛ لما سبق من منع الوعد الملزم بشراء أصول الصكوك بقيمتها الاسمية؛ سواء أكان ذلك من طرف واحد أم من طرفين.

[1] وعليه فلا يجوز الوعد الملزم على صرفِ العملات مع تأجيلِ العوضين؛ لأنَّ التعاقد على ذلك محرَّمٌ لأنه من ربا النسيئة. كما إنَّه لا يجوز -في عقد المرابحة للآمر بالشراء- للمصرف ولا العميل –أحدهما أو كلاهما- أن يعد وعداً ملزماً ببيع عينٍ أو شرائها ولمَّا يملكها المصرف بعد؛ لأنه يكون من بيع ما لا يملك، ومن التعاقد على المعدوم، فضلاً عما يعتري ذلك من شبهة الربا. إلا إنَّ الأمر في التأجير المقترن بوعدٍ بالتمليك مختلفٌ؛ إذ إنَّ المؤجر مالكٌ للعين المؤجرة، فوعده بتمليكها للمستأجر وعداً ملزماً عند انتهاء عقد الإجارة لا يترتب عليه محظور.

ثم إنه لا يظهر للباحث وجود فارق مؤثر بين المواعدة الملزمة من الطرفين التي نص قرار مجمع الفقه الإسلامي على منعها وهذه الصورة محل البحث؛ حيث إن أحد العاقدين ملزَمٌ ببيع هذه الأصول والآخر ملزَم بشرائها؛ فأي فارقٍ مؤثِّرٍ بينه وبين المواعدة الملزمة من طرفين؟

كما إن الباحث يرى أن هناك فرقاً بين حكم ما جاء في ص: (5) من البحث، ونصه: "إصدار وعد من المؤجر ببيع العين المؤجرة إلى المستأجر في حالة سداده جميع التزامات الإجارة، وإصدار وعد من المستأجر بشراء العين المؤجرة في حالة إخفاقه في أداء أقساط الإجارة" وبين الوعد الملزم من الطرفين بشراء أصول الصكوك (المسألة محل البحث)؛ حيث إن الوعدين واردان على حالين مختلفين في الصورة الأولى (الوعد الأول: بالبيع في حال سداد الأقساط، والوعد الثاني: بالشراء في حال الإخفاق في السداد)، بينما مورد الوعدين ووقته ومحله واحد في الصورة محل البحث، وليس مختلفاً.

ثانياً:

بحث فضيلة د/ أسيد الكيلاني

- في ص: (8) نصَّ البحث على ما يأتي: "ومن هذه الأغراض التي أجملناها، تتأكّد أهمية التَّعهد بالشِّراء في هياكل الصُّكوك ، فبدونه تختلُّ تلك الهياكل ، وتغدو ناقصة لفقدها مكوِّناً جوهرياً لا تقوم على ساقها بدونه - في الغالب الأعم - من الوجهة الفنيَّة العملية".
أتفق مع البحث في ذلك؛ وعليه فإن أحد أهم القضايا منشأ الخلل الشرعي في الصكوك هو محاولة جعل مستوى المخاطر في الصكوك مساوية تماماً لمخاطر السندات، وهو أمر يتعذر تحقيقه بوجه شرعي؛ إذ إن الصكوك إنما تمثل حصة مشاعة في أعيان أو منافع أو خدمات أو ما اجتمع منها؛ مما يستلزم أن تكون المخاطر في الصكوك ليست مجرد المخاطر الائتمانية للمصدر كما في السندات، وإنما يضاف إلى ذلك مخاطر أصول الصكوك؛ وعليه فليس من العدل أن يكون العائد على الصكوك مماثلاً للعائد على السندات –وإن كان مستوى المخاطر الائتمانية فيهما متماثلاً-؛ وعليه فالمنافسة بين الصكوك والسندات وجعلهما على سنن واحد ليس صواباً، ويكون أحد نتائجه التأثير على الجوانب الشرعية للصك لمحاولة التسوية بينهما.

- في ص: (18) أورد أول الضمانات محلّ البحث، وهو: (التَّعهد بالشِّراء بثمنٍ متَّفقٍ عليه ابتداءً)، وبين المراد بذلك بقوله: "ويكون ذلك بتعهد مصدرِ الصُّكوك بشراء أصولها (أو شرائها) بقيمتها الاسمية (وهي التي تساوي رأس المال الذي تمَّ إصدارها به)، أو بها ومعها مقدارٌ زائدٌ يغطِّي الرِّبح أو قدراً منه، أو بمبلغ محدَّدٍ أقلَّ منها"، أعقبه بعرض خلاف المعاصرين فيه بين مجيز ومحرِّم، ناقش خلاله أدلة المجيزين نقاشاً علمياً تفصيلياً دقيقاً، أتفق معه فيه تمام الاتفاق، كما أتفق معه فيما رجحه من تحريم هذا النوع من الضمانات، وهو القول الذي عليه أغلب فتاوى الهيئات والمجامع الفقهية والمنتديات الفقهية وقراراتها كما تبين من خلال البحث.

- في ص: (25) أورد الدليل الثاني من أدلة المجيزين، وفيه: "أن التَّعهد بالشِّراء بثمنٍ محدَّد المقدار ابتداءً ، من المضارب أو الشَّريك أو الوكيل بالاستثمار ، يقاس على وعد الآمر بالشِّراء الذي توكِّله المؤسَّسة بشراء البضاعة وتسلُّمها نيابة عنها ، حيث يَعِدها وعداً ملزماً بشراء البضاعة منها ، بعد التملُّك والتسلُّم ، بثمنٍ محدَّدٍ المقدار في الوعد بالشِّراء ، وهو ثمنٌ لا يساوي تكلفة شراء البضاعة فحسب ، وإنما يفوقها باشتماله على مقدار الرِّبح الذي تقبل المؤسَّسة البيع به"، مع اتفاقي مع البحث في الإجابة عن هذا الدليل من جهة عدم التسليم بحكم الأصل المقيس عليه، إلا إن ما أحببت الإشارة عليه:

أن من الخطورة بمكان أن تصبح الرخص والاستثناءات (كالمسألة المقيس عليها هنا)(1) التي ربما قيل بجوازها للحاجة ومراعاة لوضع المصرفية الإسلامية في وقت من الأوقات، من الخطورة أن تصبح هذه الفروع أصولاً يُقاس عليه، وتبنى عليها الأحكام.

- نصَّ البحث في ص: (37- 38) منه على الآتي: "تعهُّدُ المستأجِر المصدِر للصُّكوك بشراء الأعيان المؤجرة التي هي أصول الصُّكوك بثمنٍ محدَّد المقدار ابتداءً، ومنه القيمة الاسمية للأعيان، لا يجوز شرعاً؛ لما في ذلك من ضمان تلفها أو نقصها، إذا كان التَّعهد صادراً بشراء الموجود من الأعيان بجميع الثَّمن أياً كانت حاله عند الشِّراء، وهو مستخدمٌ في بعض الصُّكوك"، مع الاتفاق مع البحث في تحريم هذه الصورة؛ لما فيها من تضمين للأمين ما لا يسوغ تضمينه شرعاً، إلا إني أضيف على ذلك علة أخرى للمنع إذا كان المستأجر (المصدر) هو من باع أصول الصكوك من حملة الصكوك ثم استأجرها منهم –وهو حال أغلب صكوك الأعيان المؤجرة- أن ذلك من وجهة نظر الباحث حيلة ربوية محرَّمة، وصورة من صُوَر معاملةٍ نص جماهير أهل العلم -متقدمو الحنفية،(2) وبعض الشافعية،(3) والمالكية على المذهب عندهم،(4) والحنابلة(5)- على تحريمها وإبطالها، والتشنيع على مرتكبها، وهي ما يسميها الحنفية: ببيع الوفاء، وتُسمى بأسماء أخرى كبيع الأمانة ... وغيره.

ومحصِّلة ما قاله أهل العلم في المراد بها: أن يتواطأ طرفان على أن يقرض أحدهما الآخر مبلغاً من المال، على أن يدفع المقترض عيناً -كعقار- إلى المقرض ينتفع بها أو يغَلَّتِها حتى يَرُدَّ المقترض ما اقترضه.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية -رحمه الله-: "وما يظهرونه من بيع الأمانة الذي يتفقون فيه على أنه إذا جاءه بالثمن أعاد إليه المبيع؛ هو باطل باتفاق الأئمة سواء شرطه في العقد أو تواطآ عليه قبل العقد على أصح قولي العلماء، والواجب في مثل هذا أن يُعاد العقار إلى ربه والمال إلى ربه ويعزر كلٌّ من الشخصين إن كانا عَلِما بالتحريم والقرض الذي يجر منفعة....، وأما صورة: وهو أن يتواطآ على أن يبتاع منه العقار بثمن ثم يؤجره إياه إلى مدة، وإذا جاءه بالثمن أعاد إليه العقار؛ فهنا المقصود أن المعطي شيئا أدى الأجرة مدة بقاء المال في ذمته، ولا فرق بين أخذ المنفعة وبين عوض المنفعة الجميع حرام".(6)

- في ص: (47) أورد ثالث الضمانات محلّ البحث، وهو: (التَّعهد بالشِّراء بما يتم الاتفاق عليه عند الشِّراء)، والذي رأى جوازه، مع إشارته لصعوبة تطبيق هذا النوع من الضمانات في الواقع العملي للصكوك.

---

(1) ومثلها الدليل الثالث من أدلة المجيزين الوارد في ص: (26) من البحث.

(2) ينظر: تبيين الحقائق، الزيلعي (5/ 183- 184) .

(3) ينظر: الفتاوى الفقهية الكبرى، ابن حجر الهيتمي (2/ 157).

(4) ينظر: مواهب الجليل، الحطاب (6/ 242).

(5) ينظر: كشاف القناع، البهوتي (2/ 462).

(6) مجموع فتاوى ورسائل شيخ الإسلام ابن تيمية (29/ 333- 335).

وإني لأتفق معه في ذلك؛ حيث إن الطبيعة الفنية للصك منخفضة المخاطر، والتي يتم التفاوض في تسعيرها وتحديد العوائد المدفوعة عليها بنقطة الأساس Basis Point (BPS) –أي الجزء من عشرة آلاف جزء (0.01%)- كيف يمكن أن يقبل المستثمر فيها أن يكون أصل دينه (القيمة الاسمية للصك) مجهول العاقبة؟ وقابلاً للنقص التابع لعوامل العرض والطلب في السوق وقت الإطفاء أو الانتهاء؟ هذا من وجهة نظري شبه متعذر الوقوع؛ لأنه مناقض للطبيعة الفنية للصك.

ثالثاً:

بحث فضيلة د/ موسى آدم عيسى

- في ص: (7) أشار فضيلته إلى أن التعهَّد بشراء الصكوك بقيمتها الاسمية قد يكون من طرف ثالث مستقل، ومثَّل لذلك بصكوك المقارضة التي أصدرتها الحكومة الأردنية.

ولي هنا تعليق يسير:

إن تحقُّق ضمان طرف ثالث خارجي ليس له علاقة أو ارتباط بالمصدِر دون مقابل غير متصورَّ في الواقع المعاصر إلا في حالات محدودة وقليلة جداً، كأن تقوم بذلك الحكومات والدول لغرض تشجيع الاستثمار في اقتصادها.

كما أحب أن أؤكد أن استقلالية الطرف الثالث يجب أن تكون استقلالية كاملة وحقيقية عن المصدِر؛ وعليه فلا يظهر أنه يصح ضمان الطرف الثالث في كلٍّ من الصور الآتية:

- ضمان الشركة القابضة إحدى الشركات التابعة لها، أو العكس.
- ضمان شركة ذات غرض خاص ينشؤها المصدر لغرض ضمان الإصدار، بغض النظر عن التسجيل القانوني لاسم مالك هذه الشركة ذات الغرض الخاص.
- ضمان دولة أو بنكها المركزي إصداراً أصدرته إحدى الوزارات أو المؤسسات الحكومية في ذلك البلد، أو العكس؛ لأنه وإن كان المصدر وزارة ما والضامن وزارة أخرى أو البنك المركزي؛ فالنتيجة أنها كلها جهات ممثلة للدولة.

- في ص: (20) لخص نتيجة بحث حكم: (التَّعهد بالشِّراء من المضارب بالقيمة الاسمية)، وفيه: "ونخلص مما تقدم إلى أن تعهد المضارب بشراء موجودات المضاربة بقيمتها الاسمية إن تم اشتراطه في العقود المنظمة للعلاقة بين الطرفين فيكون ممنوعاً لأنه يؤدي إلى ضمان رأس مال المضاربة ؛ وذلك يخالف أصلاً شرعياً مجمعاً عليه وهو أن الضمان ينافي مقتضى عقد المضاربة سواء جاء ذلك من خلال شرط شرطه رب المال على المضارب أو من خلال التزام المضارب وتطوعه بالضمان".
- وفي ص: (25) من بحثه توصل إلى مثل ذلك في حكم تعهد الشريك شراء حصة شريكه بالقيمة الاسمية.
- وفي ص: (28) لخص أحوال تعهد الوكيل بشراء أصول الوكالة وحكم كلٍّ حالٍ منها ؛ حيث رجح جواز التعهد بالشراء بالقيمة السوقية أو بما يحدده الخبراء، أو بما يتفق الطرفان عليه في حينه، بينما رأى حرمة ذلك بالقيمة الاسمية.
- وبذلك فإن د/ موسى يتفق مع بحث د/ أسيد الكيلاني في منع تعهد المصدِر بشراء الصكوك بقيمتها الاسمية في صكوك المضاربة أو المشاركة أو الوكالة بالاستثمار، وهو ما يتفق فيه الباحث معهما في حكمه.

- في ص: (29) أورد ثاني الضمانات محلّ البحث، وهو: (تعهد الوكيل بإقراض الموكلين عند نقص الربح عن نسبة معينة)، ومع الاتفاق مع ما توصل إليه البحث من تحريم هذا النوع من الضمانات؛ لكونه داخلاً تحت نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الجمع بين

السلف والبيع، إلا إني أضيف إلى ذلك أن ذلك يُعَدُّ حيلة على منع ضمان رأس مال الصكوك، وذلك بتسميتها إقراضاً، إذا كان مصدر الصكوك لن يسترد ما سماه قرضاً، سواء أكان ذلك نصاً أم عرفاً.

الفائض الاستثماري في الصكوك الإسلامية

إعداد

معالي الشيخ/ عبد الله بن سليمان المنيع

عضو هيئة كبار العلماء

والمستشار بالديوان الملكي

ورئيس الهيئة الشرعية للمصرفية الإسلامية بالبنك الأهلي التجاري



الفائض الاستثماري في الصكوك الإسلامية

الحمد لله رب العالمين وصلى الله وسلم على رسول الله الأمين سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين .. وبعد .

فلقد مَنَّ الله علينا معشر عباد الله بأن ييسر لنا أبواب الرزق و الاكتساب, فقد قال تعالى: ((وأحل الله البيع و حرم الربا)) وحرم سبحانه أكل أموال الناس بالباطل, فقال تعالى: ((يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)) وأغلق عنا أبواب الاكتساب الآثمة كالربا والقمار والغش والتدليس والغرر والجهالة وبيوع الاختيارات والبيوع الوهمية. وفتح الله لعباده الكثير من منتجات الاكتساب الشرعي كبيوع الأمانة - المرابحة, المواضعة, التولية - وبيوع المساومة وعقود الإيجار والمشاركة و بيوع السلم و عقود الاستصناع وعقود المساقاة والمزارعة والمضاربة وغير ذلك من منتجات الاستثمار المباح كالصكوك الإسلامية .

وموضوع البحث الفائض الاستثماري بعد تصفية الصكوك وتطلع المصدر أو المدير لهذا الفائض فأستعين بالله وأبدأ القول :

الصكوك جمع صك وهو وثيقة ثبوتية تشهد لحاملها بملكيته جزءاً مشاعاً لمحتويات وعاءِ هذه الصكوك من أصول ونقود وديون والتزاماتٍ ومنافع وخدمات .

والصك في اللغة له معنيان أحدهما بمعنى الضرب قال ابن فارس في معجمه: الصاد والكاف أصل يدل على تلاقي شيئين بقوة وشدة حتى كأن أحدُهما يضرب الآخر. من ذلك قولهم: صككت الشيء صكا, وصك البابَ أغلقه. اهـ ومن ذلك قول الله تعالى: ((فصكت وجهها)).

والمعنى الآخرُ هو كتاب الإقرار بالمال أو بغيره. وهي كلمة معربة عن الفارسية قال ابن منظور في لسان العرب: والصك الكتاب فارسي معرب وجمعه أصُك وصكوك وصِكاك. قال ابن منظور : والصك الذي يكتب للعهدة معرب أصله جَكّ ويجمع صكاكا وصكوكا . اهـ .

ومعناه في الاصطلاح الشرعي أنه وثيقة إثباتية لملكية حصة مشاعة في أصول معينة من أعيان أو منافع أو منهما معاً قابلة للاستثمار وللتداول بيعاً وشراءً وتداولاً. وهو مستند موثق من جهته المختصة بإصداره .

وكان مبعث إيجاد هذه الصكوك كصيغ استثمارية هو البحث عن صيغ استثمارية تكون بديلاً عن السندات النقدية المعتمدة على الفائدة الربوية.

وقد استبشر بها القائمون على المصارف الإسلامية وتسابقوا في تطبيقها. إلا أن التطبيق كان مشوباً بالكثير من التجاوزات والجنوح عن الأحكام والقواعد الشرعية وحقائق العقود إلى ما يشبه السندات الربوية ويتفق معها من حيث النتيجة . فكانت صكوكاً في الظاهر و سنداتٍ من حيث الحقيقة والواقع. حيث إن تملك حملة الصكوك للأصول والموجودات تملك صوري لا يخرج العين المملوكة عن ملكية بائعها على حملة الصكوك. فالبائع يبيعها على حملة الصكوك بثمن معين ثم يشرط استئجارها مدة معينة مبنية على مؤشر مالي كمؤشر لا يبر ثم يستعيدها شراءً بعد انقضاء مدة الإجارة برأسمالها. وفي حال وجود فائض يزيد عن رأس مالها بعد التصفية فيأخذه البائع – المصدر – أو مدير إدارة الصكوك حافزاً له على حسن أدائه. وهذا التطبيق جعل هذه الصكوك من حيث النتيجة متفقة مع السندات النقدية. فهي بهذا التطبيق لا تخرج عن أن تكون صيغة ربوية مظللة بصيغة إسلامية مزيفة بدعوى إسلاميتها. فلئن كانت هذه الصكوك معتمدة على أصول مملوكة من حيث الظاهر لحملة الصكوك إلا أن حقيقة هذه الأصول نقود مقترضة بفائدة ربوية هي العائد الدوري وفق مؤشر مالي مظللة بظلال الإجارة ولمدة معينة تشبه مدة القرض. يجري بعد انتهاء المدة تصفيتها. وفي حال وجود فائض على العائد على رأس المال فليس لحملة الصكوك منه شيء وإنما يعود للمصدر أو مدير إدارة الصكوك ويسمى بالحافز .

وكان هذا التطبيق الخاطئ مثار انتقاد وسخرية وهمز ولمز للمصرفية الإسلامية فسارع المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة في إصدار بيان أوضح فيه المنهج السليم لتطبيق الصكوك تطبيقاً ينبعث من الأحكام والمبادئ والقواعد الشرعية وهذا نصه :

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله الكريم وعلى آله وصحبه أجمين . أما بعد ..

فإن المجلس الشرعي في اجتماعه التاسع عشر المنعقد بمكة المكرمة بتاريخ 26 شعبان سنة 1428 هـ الموافق 8 سبتمبر 2007 م وبعد دراسة الورقة المعدة من قبل فضيلة الشيخ محمد تقي العثماني في موضوع الصكوك وتطبيقاتِها المعاصرةِ التي فوض إليه إعدادُها في الاجتماع الثامن عشر المنعقدِ بالمدينة المنورة , وبعد المناقشات التي دارت حولها , قرر ما يلي :

أولاً : ينبغي إصدارُ الصكوك على أساس مشروعات تجاريةٍ أو صناعيةٍ جديدة يساهم فيها حملةُ الصكوك, وإن صدرت على أساس مشروع قائم فالواجب أن تمثلَ الصكوك ملكية تامة لحملتها في موجودات حقيقية من شأنها أن تُتَملكَ و تباعَ , سواء أكانت أعيانا أم منافع أم حقوقا معنوية .

ويتفرع عن ذلك ما يأتي :

1 - إذا كانت الصكوك تمثل إيراداتٍ فقط دون الأصول فلا يجوز إصدارها ولا الدخولُ فيها ولا تداوُلها .

2 - إذا كانت الصكوك تمثل أسهمَ الشركات فلا بد من تسجيلها باسم حملةِ الصكوك أو من يمثلهم, ولا تكفي ملكية الحق في أرباح الأسهم فقط(Beneficial ownership) لكونها في هذه الحالة لا تمثل إلا الإيرادات .

3- تسجل الملكيةُ باسم حملة الصكوك أو من يمثلهم , وفي حالة تعذر ذلك يجب الحصول على سندِ ضدٍ يعترف به القانون لنقل غنمِ الموجودات وغرمِها إلى حملة الصكوك أو إلى من يمثلهم.

4- لا يجوز أن يشتمل عقدُ نقل الملكية إلى حملة الصكوك أو من يمثلهم على شرط تأجير العين بعد البيع إلى ناقل الملكية ولا على شرط وعد المستأجر بشرائها.

5- لا يجوز بيع الديون كديون المرابحة إلا إذا باعت جهةٌ تجاريةٌ أو مالية جميعَ موجوداتها أو موجوداتِ محفظةٍ قائمةٍ لديها سابقاً ولها ذمةٌ مالية, أو باعت حصةً شائعةً من موجوداتها, فحينئذ تدخل الديونُ تابعةً للأعيان و المنافع فهي غير مقصودةٍ في الأصل وذلك بضوابط مذكورة في المعيار الشرعي رقم (21) بشأن الأوراق المالية (الأسهم والسندات).

ثانياً: يجب أن توزع عوائد المشروع على حملة الصكوك بالغة ما بلغت بعد حسم المصروفات بما فيها من أجرة المدير أو حصةُ المضارب في الربح , ولئن كان هناك حافز للمدير فإما أن يكون على أساس الربح المتوقع بحيث إذا زاد الربح الفعلي على الربح المتوقع حسب دراسة الجدوى فيكون له ما زاد, وأما إذا كان هناك توزيع دوري على حملة الصكوك على أساس مؤشر فيجب أن يكون التوزيع تحت الحساب وخاضعاً للتصفية النهائية عند إطفاء الصكوك .

وما تحقق من الربح الفعلي زائداً على المؤشر ينبغي أن يحتفظَ به كلياً أو جزئياً ليكون احتياطياً للتوزيعات الدورية المستقبلة ولدرءِ الخسائر .

ثالثاً: لا يجوز للمدير سواء أكان مضارباً أم شريكاً أم وكيلاً بالاستثمار أن يلتزم بتقديم قرض إلى حملة الصكوك عند نقص الربح الفعلي من الربح المتوقع, وله أن يغطي النقص من الاحتياطي المشار إليه أعلاه إن وجد أو بتمويل شرعي على حساب حملة الصكوك بشرط أن يكون ذلك منصوصا عليه في نشرة الاكتتاب .

رابعاً : يتعين على الهيئات الشرعية أن لا تكتفي بإصدار فتوى بجواز هيكلة الصكوك, بل يجب أن تدقق العقودَ وتراقبَ طرقَ تطبيقها والتأكدَ من أن العملية تلتزم في جميع مراحلها بمتطلبات الشريعة بما فيها الضوابط السابقة .

خامساً : سبق أن نص المجلس الشرعي في المعيار الشرعي رقم (12) بشأن الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة البند 2/6/1/3, و في المعيار الشرعي رقم (5) بشأن

الضمانات البند 2 /1/2, و2/2/2, أنه لا يجوز للمضارب أو الشريك أو وكيل الاستثمار أن يتعهدَ بشراء الأصول بقيمتها الاسمية, بل يجب أن يكون الشراء على أساس صافي قيمة الأصول (القيمة السوقية) أو بثمن يتفق عليه عند الشراء. اهـ .
هذا البيان من المجلس وضح المسار الذي يجب أن تسير الصكوك الإسلامية وِفقه إلا ما جاء في ثانياً من البيان حيث جاء فيه ما نصه: ولئن كان هناك حافز للمدير فإما أن يكون من أساس الربح المتوقع بحيث إذا زاد الربح الفعلي عن الربح المتوقع حسب دراسة الجدوى فيكون له ما زاد. اهـ ولو كانت العبارة بهذا النص:
ولئن كان هناك حافز للمدير فإما أن يكون من أساس الربح المتوقع بحيث إذا زاد الربح الفعلي عن الربح المتوقع حسب دراسة الجدوى فيكون للمدير حقُ حفزٍ على حسن الأداء من ذلك المبلغ الزائد على الربح المتوقع وذلك بنسبة منه يقررها مجلس إدارة صندوق حملة الصكوك عند التصفية النهائية للصندوق. على ألا تزيد هذه النسبة عن معقول المكافأة وبشرط أن يكون عمل المدير حسن الأداء مستحق التقدير.
وسيأتي في آخر البحث ذكر وجه هذا الاعتراض.

الفرق بين الصكوك والوحدات في الصناديق الاستثمارية وأسهم الشركات:

الواقع أن هذه الأنواع من المنتجات الاستثمارية – أسهم الشركات, وحدات صناديق الاستثمار, الصكوك الإسلامية - يجمعها قاسم مشترك يتضح فيما يلي :

1- وجود أصول حقيقية للصكوك والوحدات والأسهم، هذه الأصول هي محل الاستثمار .

2- هذه الأصولُ - موجودات هذه المنتجات الاستثمارية - مملوكةٌ لأهلها ملكا مطلقا لكل صك أو سهم أو وحدة ملكيه مشاعة في الموجودات بقدرها .

3- السهم أو الصك أو الوحدة وثيقةٌ إثبات لتملك حصة مشاعة في الموجودات من أعيان ومنافع وحقوق .

4- الربح من عمليات الاستثمار في هذه المنتجات - الشركة, الصندوق, الصكوك - بعد حسم المصاريف ملك لحملتها.

5- الالتزامُ الناتجُ من النشاط الاستثماري في هذه المنتجات محدودُ مسئوليةِ في موجوداتها وبقدر ملكيةِ كل واحد منها - السهم , الوحدة , الصك - .

6- اختصاص ملاكها في حال التصفية بصافي تصفيتها كلٌ بحسب ملكيتهِ فيها .

7- لهذه المنتجات إدارة تختص بتدوير نشاطها وفق اختصاص تقرره جمعيتُها العامة أو مجلسُ إدارتها .

وتجتمع الصكوك مع أسهم الشركات في توزيع عائد دوري على ملاكها وفي مرونتها للتداول العام في الأسواق المختصة .

وتختلف أسهم الشركات عن الصكوك في أن الشركاتِ غيرُ محددةٍ بزمن فهي باقية مدة صلاحيتها للبقاء . أما الصكوك فهي محددة بمدة معينة تجري في نهايتها تصفيتُها .

وتنفرد الوحدات الاستثمارية في صناديق الاستثمار عن الأسهم والصكوك بمبدأ الاسترداد دون التداول العام .

وبعدم توزيع عائد دوري - في الغالب - حيث إن العائد يضم إلى رأس المال لزيادة قيمة الوحدة الاستثمارية نتيجة لنمائها. ويتم التقويم الدوري للوحدات لغرض الكشف عن النماء و تيسيراً للدخول في الصندوق والخروج منه. وهذا الإجراء في الغالب يكون في الصناديق الاستثمارية المفتوحة غير المحددة بوقت معين. أما الصناديق المغلقة فالغالب أن مدير الصندوق لا يقوم بتقسيم رأسمال الصندوق إلى وحدات. وإنما يعتبر كلَ مشترك ربَ مال يجري تنضيضُ اشتراكه عند نهاية مدة الصندوق مع أرباب المال المشتركين معه في الصندوق . وقد يكون في نشرة الصندوق تخييرُ كلِ مشترك في أخذ ما يقابل العائد على سبيل محاسبته عند التصفية النهائية أو في إبقائه لاستثماره له مع أصله .

وموضوع البحث النظر في:

أخذ مدير إدارة صندوق الصكوك ومثل ذلك مدراء صناديق الاستثمار ما زاد عن الربح المتوقع بدعوى أنه حافزُ حسنِ أداء .

اتجه مجموعةٌ من فقهاء المصرفية الإسلامية إلى جواز أن يقوم مديرُ الصندوق الاستثماري أو مدير الصكوكِ الإسلامية بتقدير نسبة معينة من الأرباح تكون حقا لمالكي الصكوك أو الوحدات. وفي حال وجود زيادة على هذه النسبة تكون هذه الزيادة حقاً للمدير علاوةً على أجرته المقررة له . وذلك مكافأةٌ له على حسن الأداء. وقال القائلون بأخذ هذه الزيادة في تعليل أخذها: إن مدير الصندوق لا يأخذ أجرتَه التي يستحقها عملُه. وإنما يأخذ أجراً رمزيا طمعا في نسبة الحافز . وهو بذلك يجتهد لتحصيل هذا الحافز و تكثيره. والذي يظهر لي أن هذا الإجراءَ نتيجةُ التأثر برواسب الفائدة الربوية التي هي موازية للعائد الثابت لكل صك في حال تجاوز الربح المؤشر المصطلح على التقيّد به في العائد.

ووجه الاعتراض على هذا أن مديرَ صندوق الوحدات الاستثمارية أو مدير الصكوك أجيرٌ بأجرة جرى الاتفاق على تقديرها و تعيينها و الرضا بها. وهي من المصاريف على الصندوق. وما يحصل للصنـدوق من صافي العوائد فقد حصلت من تقليب رأسمال الصندوق في الصفقات والنشاطات الاستثمارية. فبأي حق يكون لمدير الصندوق ما زاد عن نسبة معينةٍ من العائد والحال أنه أجيرٌ أخذ أجرته ؟ والقول بأن هذه الأجرة قليلة فالرد عليها انه رضي بها. وله حق طلب الأجرة التي يرتضيها إذا كانت غيرَ كافية . والقول بأن هذا اتفاق بين مدير الصندوق وأرباب المال قولٌ يحتاج إلى حقيقة. فالواقع أن هذا ليس اتفاقاً وإنما هو تنظيم قبل وجود من يطبق عليه من حملة الصكوك. هذا التنظيم يجب أن يكون تنظيماً عادلاً يعطي كلَ ذي حق حقّه. والقول بأن النشرةَ في قوة الاتفاق غيرُ ظاهر. حيث إن مثلَ هذه النشرةِ في قوة الاتفاقية التعسفية والمبنية على الإذعان أو شِبهه. والعدل يقتضي أن تكون اتفاقيةً عادلة مبنيةً على الوضوح والشفافية والبعد عن التغرير بالآخرين وتقرير حق كل طرف بما يقتضيه العدل والاستحقاق.

وبناءً على هذا فأرى أن من إصلاح إجراءات العمل بالصكوك لتكون صكوكا إسلامية صدقا وعدلا التخليَ عن اشتراط أن يكون للمدير ما زاد عن نسبة معينةٍ في صافي الربح. فصافي الربـح حق لأربــاب الأموال و ليس للمدير حق فيه إلا ما كان في نطاق المعقول كجزء من صـافي الأرباح مكافأة له على حسن الأداء إن كان حسن الأداء وبطيب نفس من أهله حملة الصكوك بعد حصول مقتضاه ثم إن حسن الأداء لا يعرف إلا بـعد العمل فقد يكـون أداؤه ممـتازاً أو جيداً أو متـوسطَ الأداء أو أنه سيء الأداء والمكافأة يجب أن تكون على قدر حسن الأداء. فعلى فرض توجه استحقاقها فيجب أن تكون مكافأة على قدر الأداء . وإذا كان مدير الصندوق يرى أن أجره على عمله قليلٌ فله الحق أن يطلب الأجر الذي

يكافئُ عملَه. أما أن تكون المسألة مبنيةً على تغرير أربابِ الأموال من حيث دعوى أن أجرةَ الإدارة قليلةٌ جداً بينما نصيب الأسد يأخذه المدير من الخلف بدعوى أن ذلك مكافأةٌ له على حسن أداءه . فهذا تغرير بأصحاب الأموال وظلم لهم ومجاراةٌ للمصرفيةِ التقليديةِ بثبات العائد وهذا لا يجوز أن يُنسبَ إلى المنتجات الاستثمارية الإسلامية .
ثم إن القول بتقدير عائد شبهِ ثابتٍ للصكوك وأخذ مدراء صناديقـها ما زاد عن المؤشر بدعوى الحـفز لحسن الأداء
هذا القول والإجراء بموجبه يفقد الصكوكَ في الأسـواق المالية عنصرَ التأثر في السعر ارتفاعاً وانخفاضاً وبالتالي تفقد الصكوكُ ميزةَ عرضها في الأسواق والتشوف لشرائها طمعا في ارتفاع أسعار أصولها ومن ثم ارتفاع سعر وحداتها وزيادة عائده.
وأختم حديثي عن الصكوك وتصحيح وضعها ثم الإشادة بها كوسيلة استثمارية بديلة عن السندات المعتمِدة ِعلى العوائد الربوية أختم حديثي بمقارنة اقتصادية بين السندات الربوية والصكوك الإسلامية من حيث إن الصكوك الإسلامية وثائق لتملك أجزاء مشاعة من موجودات منقولة أو ثابتة أو جامعة بينهما هذه الموجودات هي ممتلكات حملة الصكوك وهي مهيأة لارتفاع قِيَمِها ولارتفاع عائدها حيث إنها ليست خاضعة لمؤشر مالي مُحددِ العائد أو القيمة كالسندات و لهذا سيكون لها مزيد تفضيل على السندات التي هي في واقعها وثائق على ديون لا تزيد ولا تنقص وعلى عائد محدود بمؤشر مالي الغالب فيه الثبات لمدة طويلة وهذا يعني ضعف الحافز للاستثمار فيها اعني السندات فضلا عما فيها من الإثم والكسب الحرام . فإذا أُصدرت الصكوك بمنهج إسلامي صحيح فإن الاستثمار فيها بديل شرعي محقق المصلحة و الغبطة والبعد عن الاستثمارات المحرمة والإثم في ذلك.

واختصر رأيي في سلامة تطبيق الصكوك وبعدها عن السندات باتباع ما يلي :
أولاً: أن تقوم جهة استثمارية كأحد المصارف بدراسة جدوى مشروع استثماري وفي حالة القناعة به يقوم المصرف بطرحه للاكتتاب على سبيل التصكيك بعد شرائه موجودات هذا المشروع ويكون للمصرف حق رسم على كل مشترك في مقابل مجهوده في إصدار هذا المنتج .
ثانياً: تنقطع صلة البائع على المصرف بما باعه حيث تصبح هذه الموجودات المشتراة ملكاً تاماً لحملة الصكوك .
ثالثاً: إذا كانت موجودات حملة الصكوك مما يحتاج إلى إدارة تشغيلية يختص تشغيلها في الغالب ببائعها فيجوز أن يتعاقد معه على إدارتها إدارة تشغيلية وبأجر يجري الاتفاق عليه بينه وبين إدارة حملة الصكوك ويسمى مدير التشغيل ويجب ألا يكون له أي اختصاص فيما يتعلق بحقوق حملة الصكوك فيما يملكون إلا ما يتعلق بإدارته التشغيلية إن كانت .

رابعاً: ضرورة أن يكون لهذه الصكوك إدارة تقوم بإدارة موجوداتها واستثمارها وفتح حساب لها وتقرير ما تقتضيه مصلحة حملة الصكوك من توزيع عائد دوري شبه ثابت إن أمكن وتجنيب ما زاد من صافي العوائد إلى احتياطي مملوك لحملة الصكوك يحتاط به على إثبات العائد الدوري لحملة الصكوك ويكون لمدير إدارة موجودات الصكوك أجر مجز لعمله وليس له حق في الفائض - الربح - إلا ما ارتضاه حملة الصكوك بقرار من جمعيتهم العامة عند تحققه.

خامساً: يجب أن يكون لحملة الصكوك جمعية عمومية تصدر قراراتها بتنظيم إدارتها ومنح مديرها الصلاحيات المنظمة لنشاطها الاستثماري وضبطه وتسجيله وتحديد العائد الدوري لحملة الصكوك وإيجاد احتياطي لتثبيت العوائد الدورية.

سادساً: عند التصفية تباع الأصول المملوكة لحملة الصكوك بسعر سوقها لتضم أثمانها إلى الوعاء المالي للصكوك ثم يجري توزيعه على حملة الصكوك كل بقدر حصته فيه ولاحق لأحد في صافي التصفية غير أهلها حملة الصكوك فلا حق لمدير ولا مصدر ولا وكيل إلا ما ارتضاه أهل الحق - حملة الصكوك - .

هذا ما ظهر لي في الموضوع و الله المستعان ..

أعد هذا البحث

عبد الله بن سليمان المنيع

رئيس الهيئة الشرعية للمصرفية الإسلامية في البنك الأهلي

حرر في 15\12\1432هـ

إدارة الحساب الاحتياطي (الفائض) في هيكل الصكوك

إعداد

د. يوسف بن عبد الله الشبيلي

أستاذ الفقه المشارك بالمعهد العالي للقضاء



الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، أما بعد
فتعد الصكوك الإسلامية أحد أهم أدوات التمويل والاستثمار الحديثة، وقد حققت خلال فترة وجيزة انتشاراً واسعاً على مستوى المصارف والمؤسسات المالية، على النطاقين الإسلامي والدولي.
وهيكلة الصكوك تحتاج إلى المزيد من الدراسات المتعمقة والأبحاث التي تجلي أحكامها، وتبين ضوابطها الشرعية. ولعل من أبرز القضايا الشرعية التي تتعلق بالصكوك إدارة الحسابات الاحتياطية، والأحكام الشرعية المتعلقة بذلك.
وفي هذه الدراسة الموجزة بيان لأبرز الأحكام والضوابط المتعلقة بهذه القضية، وقد بينتها في المسائل الآتية:

المسألة الأولى: التعريف بالحساب الاحتياطي في هيكل الصكوك:

يقصد بالحسابات الاحتياطية في هيكل الصكوك؛ المبالغ الزائدة عن التوزيعات الدورية التي تتحقق من استثمار أموال الصكوك.
فاستثمار أموال الصكوك سواء أكان يدار بالوكالة أم بالمضاربة أم بالمشاركة قد يتحقق منه في بعض الفترات فوائض مالية تزيد عن التوزيعات الدورية المتوقعة لحملة الصكوك، فيعمد مدير الصكوك إلى احتجاز هذه الفوائض ووضعها في حسابات خاصة كاحتياطيات لتعزيز أي نقص قد يطرأ على التوزيعات القادمة.
وهذه الاحتياطيات تحقق العديد من الأغراض، من أبرزها:

1 -تحقيق التوازن في التوزيعات الدورية بحيث لا يكون هناك تفاوت كبير بين التوزيعات من فترة لأخرى.
2 -مواجهة أي انخفاض مستقبلي في الأرباح عن التوزيعات المتوقعة.
3 -حماية رؤوس أموال حملة الصكوك من أي مخاطر محتملة للاستثمار.

المسألة الثانية: التكييف الشرعي للحساب الاحتياطي:

يعد الحساب الاحتياطي ملكاً لحملة الصكوك؛ لأنهم أرباب الأموال، وهو ناتج عن استثمار أموالهم، ويد مدير الاستثمار على هذه الأموال يد أمانة، إذ إنه وكيل عنهم في حفظ هذه الأموال وإدارتها بما يحقق المصلحة لهم.
ويترتب على هذا التوصيف عدة آثار، منها:

1- تصرف المدير في هذه الحسابات يجب أن يكون منوطاً بالمصلحة لحملة الصكوك؛ لكونه نائباً عنهم فيه، فعليه أن يأخذ بأسباب الحيطة في حفظه ومراعاة ما هو الأصلح لهم

في كل إجراء أو قرار يتخذه بشأن هذه الحسابات.ولذا نص أهل العلم على أنه لا يجوز للمضارب أو الوكيل أن يغامر بالمال فيما لم يؤذن له فيه، ولا أن يستدين على المال من غير إذن، ولا أن يشتري أو يبيع بما لا يتغابن به الناس في مثله، ولا أن يشتري أو يبيع لنفسه إلا إذا تمخضت الغبطة لصالح رب المال، ولا أن يتصرف تصرفاً يؤدي إلى الإضرار بالمال، فإن فعل شيئاً من ذلك فهو ضامن[1].

2- أن يتحرى مدير الاستثمار تحقيق المساواة والعدل بين حملة الصكوك في استفادتهم من هذه الحسابات؛ لأنهم شركاء فيها، فيستحق كل منهم من غنمها بحسب رأس ماله.

3- الأموال في هذه الحسابات لا يجوز أن يضمنها مدير الاستثمار لحملة الصكوك؛ فلا خلاف بين أهل العلم أن اشتراط الضمان على المضارب أو الشريك أو الوكيل شرطٌ باطلٌ[2].

وقد نص على ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورته الرابعة، وفيه: " لا يجوز أن تشمل نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على نصٍ بضمان عامل المضاربة رأس المال أو ضمان ربح مقطوع أو منسوبٍ إلى رأس المال فإن وقع النص على ذلك صراحةً أو ضمناً بطل شرط الضمان واستحق المضارب ربح مضاربة المثل"[3].

ومن الأدلة على ذلك:

أ - أن اشتراط ضمان رأس المال يجعل العقد قرضاً؛ ذلك أن الفرق بين القرض والقراض أن المال في الأول مضمونٌ وفي الثاني غير مضمون، فإذا كان رب المال شريكاً في الربح فهو قرضٌ جر نفعاً فيكون ربا[4].

ب - ولأن هذا الشرط يخالف مقتضى العقد فيحكم ببطلانه؛ وذلك لأن أصل القراض والوكالة والمشاركة موضوعة على الأمانة، فإذا شرط فيها الضمان فذلك خلاف موجب أصله، والعقد إذا ضامه شرط يخالف موجب أصله وجب بطلانه[5]. قال ابن قدامة[6]: "القسم الثالث –أي من الشروط الفاسدة-: اشتراط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه، مثل أن يشترط على المضارب ضمان المال أو سهماً من الوضيعة"[7].

---

1 بدائع الصنائع 35/8، الخرشي على مختصر خليل 226/6، روضة الطالبين 135/5، الشرح الكبير على المقنع 19/14.

2 المبسوط 84/15 البهجة شرح التحفة 217/2 الحاوي الكبير 113/9 المغني 179/7

3 مجلة مجمع الفقه الإسلامي 2163/3/4

4 المنتقى شرح الموطا 72/7

5 المعونة 1122/2.

6 أبو محمد عبد اللّه بن أحمد بن قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، إمام في الفقه والحديث، له: " المغني" و "الكافي" و " المقنع" وغيرها، توفي سنة 621هـ. سير أعلام النبلاء 165/22، البداية والنهاية 38/13.

7 المغني 41/5.

المسألة الثالثة: توزيع الفائض في غير فترات ظهوره:

من خصائص الصكوك أنها قابلة للتداول، مما يعني أنه قد يكون حملة الصكوك الذين يوزع عليهم الفائض غير حملة الصكوك الذين تحقق الفائض من أموالهم، فقد يتحقق الفائض في عام 2011، وتدعم به التوزيعات في عام 2013، ومعلوم أنه بين الفترتين يتغير حملة الصكوك.

والأظهر أنه لا حرج في ذلك، ولا يخل ذلك بمبدأ المساواة بين الشركاء (حملة الصكوك)؛ لما يلي:

1- أن هذا يعد نوعاً من التخارج، فحامل الصك عندما يبيع الصك على آخر فقد باعه بغنمه وغرمه، وينعكس ذلك في القيمة التي يتداول بها الصك، فهو قد استفاد من تلك الفوائض المحققة بالارتفاع في قيمة الصك عند البيع.

2- أن إجراء المحاسبة الدورية لموجودات الصكوك تعد تصفية حكمية للمشاركة، فكل فترة تختص بأرباحها وخسائرها ولو لم تتم التصفية الحقيقية، كالمعمول به تماماً في الشركات المساهمة، وقد نص بعض أهل العلم على صحة التصفية الحكمية في المضاربة وأن المحاسبة فيها تقوم مقام التصفية الحقيقية.

فعن ابن سيرين أنه قال – في المضارب إذا ربح ثم وضع ثم ربح- : ((الحساب على رأس المال الأول إلا أن يكون قبل ذلك قبضاً للمال أو حساباً كالقبض))(1).

وعن أبي قلابة أنه قال: ((هما على أصل شركتهما حتى يحتسبا)) (2).

وفي المغني: ((قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن المضارب يربح ويضع مراراً، فقال: يرد الوضيعة على الربح، إلا أن يقبض المال صاحبه ثم يرده إليه، فيقول: اعمل به ثانية، فما ربح بعد ذلك لا تجبر به وضيعة الأول، فهذا ليس في نفسي منه شيء. أما ما لم يدفع إليه، فحتى يحتسبا حساباً كالقبض، كما قال ابن سيرين. قيل: وكيف يكون حساباً كالقبض؟ قال: يظهر المال، يعني ينض ويجيء، فيحتسبان عليه، وإن شاء صاحب المال قبضه. قيل له: فيحتسبان على المتاع؟ فقال: لا يحتسبان إلا على الناض، لأن المتاع قد ينحط سعره ويرتفع. وقيل لأحمد: رجل دفع إلى رجل عشرة آلاف درهم مضاربة، فوضع فبقيت ألف فحاسبه صاحبها، ثم قال له: اذهب فاعمل بها فربح؟ قال: يقاسمه ما فوق الألف ، يعني إذا كانت الألف ناضة حاضرة ، إن شاء صاحبها قبضها، فهذا الحساب الذي كالقبض)) (3).

---

(1) المصنف لابن أبي شيبه (272/5) .

(2) المصنف لابن أبي شيبه (272/5) .

(3) المغني 169/7 .

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: ((وإذا تحاسب الشريكان عنده –أي الإمام أحمد- من غير إفراز كان ذلك قسمة، حتى لو خسر المال بعد ذلك لم تجبر الوضيعة بالربح)) (1).

وفي الإنصاف: ((وعنه – أي الإمام أحمد – رواية ثالثة: يملكها بالمحاسبة والتنضيض، والفسخ قبل القسمة والقبض، نص عليها، واختارها الشيخ تقي الدين)) (2).

المسألة الرابعة: اشتراط مصدر الصكوك أخذ رصيد الاحتياطي في نهاية المدة كحافز أداء:

يعرف حافز الأداء بأنه ما يعطى للمدير علاوة على ما يستحقه بأصل العقد عند توافر شرطه.

ففي كثير من إصدارات الصكوك يشترط المصدر أنه في حال وجد في الحساب الاحتياطي في نهاية مدة الصكوك فوائض مالية زائدة عن التوزيعات المتوقعة المذكورة في نشرة الإصدار فله أخذ هذه المبالغ الزائدة باعتبارها حافزاً لحسن الأداء، فهل يعد هذا الشرط صحيحاً؟

اختلف العلماء المعاصرون في هذا الشرط على قولين:

القول الأول: التحريم3:

ويستدل لهذا القول بعدة أدلة:

1- أن المصدر يكون قد جمع بهذا الشرط بين الربح والأجر إن كان عقد الصكوك مشاركة أو مضاربة، أو أجر الوكالة وأجر الأداء إن كان عقد الصكوك وكالة، بينما حملة الصكوك لا يستحقون إلا حصة من الأرباح فقط، وهذا فيه ظلم لهم.

2- أن هذا الشرط يؤدي إلى قطع المشاركة في جزء من الربح بين الشريكين (المصدر وحملة الصكوك) أو بين المضارب (المصدر) ورب المال (حملة الصكوك). وقد نص أهل العلم على تحريم أي شرط يؤدي إلى قطع المشاركة في الربح.

قال ابن المنذر: ((أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة)) (4).

وفي بدائع الصنائع: ((ومنها: أن يكون المشروط لكل واحد منهما، من المضارب ورب المال من الربح جزءً شائعاً، نصفاً أو ثلثاً أو ربعاً، فإن شرط عدداً مقدراً بأن شرطا أن يكون لأحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر، والباقي للآخر لا يجوز،

---

(1) مجموع الفتاوى 354/20 .

(2) الإنصاف 124/14 . وينظر : المبدع 32/5 . الفروع 389/4 . حاشية المقنع 179/2 . قواعد ابن رجب ص 112.

3د . وهبه الزحيلي في كتابه: عائد الاستثمار ص 30. ود. رفيق المصري في كتابه بحوث في فقه المعاملات المالية ص 177.

(4) الإجماع لابن المنذر ص 98 . ومن حكى الإجماع أيضاً ابن حزم في مراتب الإجماع ص 92 .

والمضاربة فاسدة، لأن المضاربة نوع من الشركة، وهي الشركة في الربح، وهذا شرط يوجب قطع الشركة في الربح لجواز ألا يربح المضارب إلا هذا القدر المذكور، فيكون ذلك لأحدهما دون الآخر، فلا تتحقق الشركة، فلا يكون التصرف مضاربة، وكذلك إن شرطا أن يكون لأحدهما النصف أو الثلث ومائة درهم، أو قالا: إلا مائة درهم فإنه لا يجوز)) (1).

3- أن الفائض المتبقي (الحافز) مجهول، وشرط الأجر أن يكون معلوماً.

4- أن مقتضى عقد الشركة أو المضاربة بين المصدر وحملة الصكوك أن يشترك الطرفان في الغنم والغرم، وهذا الشرط يخالف مقتضى العقد، فيكون فاسداً.

5- أن هذا الشرط قد يجعل عقد المشاركة في الصكوك صورياً، ووجه ذلك أن التوزيعات المتوقعة تحسب عادة بحسب أسعار الفائدة، فإذا شرط المصدر لنفسه ما زاد على ذلك فلا يظهر ثم فرق كبير بين الصكوك والسندات.

القول الثاني: الجواز2:

ومما يستدل به لهذا القول:

1- ما رواه البخاري تعليقاً عن ابن عباس -رض الله عنهما- أنه قال: لا بأس أن يقول: بع هذا الثوب، فما زاد على كذا وكذا فهو لك. وقول الصحابي حجة إذا لم يخالف نصاً او يخالفه صحابي آخر.

وقال ابن سيرين: إذا قال: بعه بكذا فما كان من ربح فلك، أو بيني وبينك، فلا بأس به(3).

وسئل الإمام أحمد عن رجل يعطى الثوب ويقال له: بعه بكذا فما ازددت فهو لك؟ فقال: لا بأس، ثم قال: وهل هذا إلا مثل المضاربة؟ لعله ألا يربح المضارب4.

2- ولأن هذا الشرط لا يؤدي إلى قطع المشاركة في الربح؛ فإن المدير يتقاسم مع حملة الصكوك الأرباح إلى الحد المتوقع، ثم يأخذ الزائد، فالمشاركة حاصلة ابتداء، وليس في ذلك ما ينافي مقتضى العقد.

3- أن الأصل في العقود هو الصحة، وليس في كتاب الله ولا في سنة نبيه صلى الله عليه وسلم ما يحرم هذا الشرط. وقد دل على هذا الأصل الكتاب والسنة:

فمن الكتاب: قول الله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"5. فالله سبحانه لم يشترط في التجارة إلا التراضي. فمتى تحقق

---

(1) بدائع الصنائع . وينظر: تبيين الحقائق 54/5 . مجمع الضمانات ص 304 . الجوهرة النيره 292/1 .

2لم أطلع على قول بخصوص هذه المسألة ولكن نص بعض الباحثين على جواز مثل هذا الشرط في عقد المضاربة والشركة، منهم: د.الضرير في كتابه الغرر ص 519. د.غريب الجمال في كتابه المصارف والأعمال المصرفية ص 379 . والهيئة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني التي يرأسها د. الضرير.

(3) الأثران أخرجهما البخاري تعليقاً (كتاب الإجارة / باب أجرة السمسار) (451/4 مع الفتح) .

4 مسائل الإمام أحمد لأبي داود ص 279.

5 سورة النساء. الآية (29)

الرضا في التجارة بين المتعاقدين فهي صحيحة ما لم يرد في الشرع ما يحرمها[1]، وقال تعالى: " وقد فصل لكم ما حرم عليكم"[2]. فكل "ما لم يبين الله ولا رسوله - صلى الله عليه وسلم - تحريمه من المطاعم والمشارب والملابس والعقود والشروط فلا يجوز تحريمها. فإن الله قد فصل لنا ما حرم علينا. فما كان من هذه الأشياء محرماً فلا بد أن يكون تحريمه مفصلاً. وكما أنه لا يجوز إباحة ما حرمه الله، فكذلك لا يجوز تحريم ما عفا عنه ولم يحرمه"[3].

ومن السنة قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: "المسلمون على شروطهم"[4].

وعلى هذا عامة أهل العلم أن الأصل في العقود هو الصحة والإباحة[5]. وحكى بعضهم الإجماع على ذلك[6].

والذي يترجح للباحث هو القول الثاني؛ لقوة أدلته، وأما أدلة القول الأول فقد أجيب عن بعضها في أدلة القول الثاني، والاستدلال بأن الحافز مجهول يناقش بأن الحافز يكيف شرعاً بأنه جعل، وفي الجعالة تغتفر جهالة الجعل إذا كانت لا تمنع التسليم على الصحيح من أقوال أهل العلم، نحو أن يقول الجاعل: من رد ضالتي فله ثلثها؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: " من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه".

قال في المغني: "ويحتمل أن تجوز الجعالة مع جهالة العوض إذا كانت الجهالة لا تمنع التسليم, نحو أن يقول: من رد عبدي الآبق فله نصفه, ومن رد ضالتي فله ثلثها؛ فإن أحمد قال: إذا قال الأمير في الغزو: من جاء بعشرة رءوس فله رأس؛ جاز. وقالوا: إذا جعل جعلا لمن يدله على قلعة, أو طريق سهل, وكان الجعل من مال الكفار؛ جاز أن يكون مجهولا, كجارية يعينها العامل فيخرج هاهنا مثله". 7

وفي المسألة التي بين أيدينا الجهالة في مقدار حافز الأداء لا تمنع التسليم؛ فإن الحافز يعلم مقداره في نهاية مدة الصكوك.

---

1 المغني 275/10

2 سورة الأنعام، الآية (119).

3 أعلام الموقعين 289/1

4 أخرجه الترمذي من حديث عمرو بن عوف –رضي اللّه عنه– في كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول اللّه – صلى اللّه عليه وسلم – في الصلح برقم (1272) وأبو داود من حديث أبي هريرة–رضي اللّه عنه– في كتاب الأقضيه، باب في الصلح برقم (3120)، والدارقطني من حديث عائشة –رضي اللّه عنها– بزيادة ((ما وافق الحق)) 2/3. وهو حديث صحيح بمجموع طرقه. تغليق التعليق 280/3 ، فتح الباري 451/4 ، غوث المكدود 205/2.

5 ينظر: البحر المحيط 12/6، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 66، غمز عيون البصائر 223/1، التلقين للقاضي عبدالوهاب 359/2، المحصول في علم الأصول 97/6، شرح الكوكب المنير 325/1.

6 جامع العلوم والحكم ص 268.

7 المغني 21/6، وينظر: شرح المنتهى 470/2.

المسألة الخامسة: اشتراط مصدر الصكوك انتفاعه بالاحتياطي مع ضمانه:

إذا اشترط مصدر الصكوك عند الإصدار على أن له الحق في الانتفاع بالأموال في الحساب الاحتياطي لمصلحته، وفي المقابل يضمن هذه الأموال لصالح حملة الصكوك، فهذا الشرط يكيف شرعاً على أنه قرض، فالمصدر اقترض هذه الأموال وضمنها لحملة الصكوك؛ إذ حقيقة القرض شرعاً: دفع مال لمن ينتفع به ويرد بدله.

وهذا الشرط يؤدي إلى اجتماع القرض مع عقد المشاركة أو المضاربة أو الوكالة بأجر. والأصل تحريم ذلك؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: " لا يحل سلف وبيع"1.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية –رحمه الله- مبيناً فقه هذا الحديث: " نهى صلى الله عليه وسلم عن أن يجمع بين سلفٍ وبيع. فإذا جمع بين سلفٍ وإجارةٍ فهو جمعٌ بين سلفٍ وبيعٍ أو مثله. وكل تبرعٍ يجمعه إلى البيع والإجارة مثل: الهبة والعارية والعرية والمحاباة في المساقاة والمزارعة وغير ذلك: هي مثل القرض. فجماع معنى الحديث: أن لا يجمع بين معاوضةٍ وتبرعٍ; لأن ذلك التبرع إنما كان لأجل المعاوضة; لا تبرعاً مطلقاً, فيصير جزءً من العوض"2.

وقد يقال: إن النهي في الحديث ليس على عمومه، وإنما المنهي عنه هو الجمع بينهما بغرض التحايل على الربا؛ بأن يحابيه في الثمن لأجل القرض، وقد يفهم ذلك من كلام شيخ الإسلام ابن تيمية حيث يقول: ((النوع الثاني من الحيل: أن يضما إلى العقد الحرام عقداً غير مقصود .. أو يقرن بالقرض محاباة في بيع أو إجارة أو مساقاة أو نحو ذلك، مثل أن يقرضه ألفاً ويبيعه سلعة تساوي عشرة بمائتين، أو يكريه داراً تساوي ثلاثين بخمسة ونحو ذلك ... فإن من أقرض رجلاً ألف درهمٍ وباعه سلعة تساوي خمسمائة بألف، لم يرض بالإقراض إلا بالثمن الزائد للسلعة; والمشتري لم يرض ببدل ذلك الثمن الزائد إلا لأجل الألف التي اقترضها; فلا هذا بيعاً بألف ولا هذا قرضاً محضاً. بل الحقيقة أنه أعطاه الألف والسلعة بألفين))(3).

ومما يقوي هذا الاحتمال قوله في آخر الحديث: ((ولا شرطان في بيع))، فهو ليس على عمومه، وإنما المراد ما كان حيلة للوقوع في الربا كمسألة العينة، كما حرر ذلك غير واحد من أهل العلم (4).

---

1 أخرجه أحمد 174/2، وأبوداود (كتاب البيوع والإجارات/ باب في الرجل يبيع ما ليس عنده)، والترمذي (كتاب البيوع/ باب كراهية بيع ما ليس عندك)، والنسائي (كتاب البيوع/ باب بيع ماليس عند البائع)، وابن ماجه (كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ماليس عندك وعن ربح ما لم يضمن)، من حديث عبد الله بن عمرو –رضي الله عنهما-. وهو حديث صحيح.

2 مجموع الفتاوى59/29.

(3) مجموع الفتاوى 58/29–62 ، وينظر: كلام الشاطبي في الموافقات 200/3، والخطابي في معالم السنن 144/5، تحفة الأحوذي 431/4، نيل الأوطار 202/5.

(4) القواعد النورانيه ص 142، مجموعة الرسائل والمسائل النجديه 761/6، المدخل الفقهي العام 479/1.

وعلى هذا فإذا انتفت المحاباة بأن كان الأجر أو الربح المستحق للمصدر مقابل الإدارة بمقدار أجر المثل أو ربح المثل، ولم يُنقص من أجره أو حصته من الربح لأجل هذا الشرط فتكون علة النهي منتفية حينئذ.

والأظهر –والله أعلم- في أصل المسألة -أي اجتماع القرض مع المعاوضة- أن يفرق بين حالتين:

الحال الأولى:

أن يكون القرض مشروطاً في عقد المعاوضة، أو عقد المعاوضة مشروطاً في القرض، كأن يقول: أبيعك سيارتي بكذا بشرط أن تقرضني، أو أقرضك بشرط أن تبيعني سيارتك بكذا. فهذا محرم؛ للحديث؛ ولأنه حيلة على الربا.

الحال الثانية:

أن يجتمع العقدان على وجه غير مقصود، وإنما جاء اتفاقاً، فالأظهر في هذه الحال هو الجواز إذا كان القرض حسناً وعقد المعاوضة بسعر المثل؛ لقوله عليه الصلاة والسلام:{الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة}[1].

ووجه الدلالة أن الدين المرهون به قد يكون دين قرض، وانتفاع المرتهن بالعين المرهونة مقابل الإنفاق عليها معاوضة، فجاز اجتماعهما إذا كان الانتفاع بقدر النفقة.

وظاهر كلام أهل العلم يدل على ذلك، فهم يوردون النهي في سياق الشروط المحرمة، أي يكون أحدهما مشروطاً مع الآخر، لا لمجرد الاجتماع، قال ابن قدامة –رحمه الله-: " ولو باعه بشرط أن يسلفه أو بقرضه, أو شرط المشتري ذلك عليه, فهو محرم والبيع باطل. وهذا مذهب مالك والشافعي ولا أعلم فيه خلافا..ولأنه اشترط عقدا في عقد فاسد كبيعتين في بيعة, ولأنه إذا اشترط القرض زاد في الثمن لأجله فتصير الزيادة في الثمن عوضاً عن القرض وربحاً له وذلك ربا محرم ففسد كما لو صرح به"[2].

ومما يدخل في هذه الحال أخذ الرسوم الإدارية التي تكون بقدر التكلفة الفعلية على القروض البنكية، فعقد الإجارة هنا ليس مقصوداً وإنما لتغطية تكاليف عملية الإقراض.

وبخصوص المسألة التي بين أيدينا قد يقال: إن اشتراط المصدر استخدامه للاحتياطي مقصود لغرض الانتفاع؛ فيحرم؛ لأمرين:

1 -الحديث السابق في النهي عن الجمع بين السلف والبيع.

---

1 أخرجه البخاري من حديث أبي هريرة –رضي الله عنه-.

2 المغني 162/4.

2 -لسد ذريعة أن يكون ذلك القرض يجر نفعاً للمقرضين، وهم حملة الصكوك، وذلك بتخفيض أجرة المدير أو حصته من الربح مقابل انتفاعه بهذه الأرصدة، ومن المتوقع أن المصدر عندما يقدر حصته من الأجر أو الربح يراعي في ذلك مدى انتفاعه بهذه الأرصدة من عدمه.

ومن جانب آخر قد يقال: إن اقتراض المصدر لهذه الأموال من مصلحة حملة الصكوك؛ فبدلاً من أن تبقى لفترة طويلة، وتكون عرضة للنقص أو التلف فيقترضها لصالحه ويضمنها لهم.

والمسألة في نظري لا تخلو من شبهة قوية، وأرى أن يوضع الاحتياطي في حساب جارٍ في أحد البنوك الإسلامية لصالح حملة الصكوك ولا ينتفع به المصدر، وبذا نكون قد حققنا مصلحة حفظها لحملة الصكوك، والبنك الإسلامي يضمنها لهم، وسلمنا من شبهة اجتماع القرض والمعاوضة.

المسألة السادسة: تطوع المصدر بتغطية العجز في الاحتياطي إذا نقص عن التوزيع الدوري المتوقع:

والمقصود ألا يكون هناك التزام منصوص عليه في نشرة الإصدار، أو عرف ملزم بذلك، وإنما قام المصدر بهذا الإجراء عند ظهور العجز.

وهذا التبرع له حالتان:

الحال الأولى: التبرع غير المسترد:

وذلك بأن يتبرع المصدر بعد إبرام عقد الاستثمار بتغطية العجز. فذهب بعض فقهاء المالكية إلى جوازه. قال في حاشية الدسوقي: ((وأما لو تطوع العامل بالضمان ففي صحة ذلك القراض وعدمها خلاف)) (1). وقاسوا جواز ذلك على ما إذا تطوع الوديع والمكتري بضمان ما بيده إذا كان هذا التطوع بعد تمام العقد(2).

وجمهور المالكية على التحريم حتى ولو تطوع بالضمان بعد العقد لأنه يكون متهماً برغبته في استدراج رب المال وإبقاء رأس المال بيده (3).

والأقرب –والله أعلم- الجواز؛ لأن المحرم هو أن يكون الضمان مشروطاً في عقد الاستثمار، أما إذا كان تطوعاً بعد العقد فلا يظهر المنع.

الحال الثانية: تمويل المدير حساب الاحتياطي في حال العجز:

(1) حاشية الدسوقي 520/3 حاشية العدوي 206/6 .
(2) شرح الزرقاني مع حاشية الرهوني 323/6 .
(3) شرح الزرقاني مع حاشية الرهوني 323/6 .

والمراد أن يكون ذلك تطوعاً منه بعد العقد –أي بغير التزام سابق- فالأظهر –والله أعلم- هو جواز ذلك؛ إذ لا يترتب عليه محظور شرعي.
فإن كان التمويل قرضاً فيجب أن يكون بغير فائدة يحصل عليها المدير من جرائه، واجتماع القرض والمعاوضة هنا لا حرج فيه؛ لأنه من غير شرط؛ لما سبق.
وإن كان التمويل بالمرابحة أو بالتورق ونحوه فيجب أن يراعى فيه مصلحة حملة الصكوك، فلا يجوز اتخاذ قرار التمويل إلا إذا تمحضت المصلحة لهم، فلا يجوز أن تكون تكلفة التمويل أعلى من التكلفة السائدة في السوق.

المسألة السابعة: التزام المصدر بتغطية العجز:
وهذا الالتزام له ثلاث حالات:

الحال الأولى: التزام المدير بإقراض حساب الاحتياطي قرضاً مسترداً:
ففي حال نقص حساب الاحتياطي عن التوزيعات الدورية المتوقعة يقوم المصدر بإقراض الحساب بمقدار العجز، ثم يسترد ذلك القرض من الفوائض اللاحقة، والغالب أن يتم ذلك في الفترات الأولى للصكوك قبل تحقق فوائض.
فإذا أقرض المدير حساب الاحتياطي ولم يتحقق فوائض في المستقبل، فيخصم مقدار القرض من قيمة الأصول عند شراء المصدر لها من حملة الصكوك، فإذا كان مقدار القرض مثلاً 20 مليوناً، وكانت قيمة الأصول عند الإطفاء 100 مليون، فإن المصدر يشتري هذه الأصول ب 80 مليوناً فقط.
وهذا الالتزام يجري عليه الكلام السابق في حكم اقتراض المصدر للأموال في الحساب الاحتياطي؛ فإن هذه المعاملة جمعت بين القرض مع المضاربة أو الشركة أو الوكالة، إلا أن المصدر هنا هو المقرض، بينما في المسألة السابقة هو المقترض، والحكم فيهما فيما يظهر واحد.
وفي البيان الصادر من المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة ما نصه: " لا يجوز لمدير الصكوك، سواء أكان مضارباً أم شريكاً أم وكيلاً بالاستثمار أن يلتزم بأن يقدم إلى حملة الصكوك قرضاً عند نقص الربح الفعلي عن الربح المتوقع، ويجوز أن يكون احتياطياً لتغطية حالة النقص بقدر الإمكان، بشرط أن يكون ذلك منصوصاً عليه في نشرة الاكتتاب. ولا مانع من توزيع الربح المتوقع تحت الحساب".
ويجدر التنبيه هنا إلى أنه على القول بتحريم هذا الالتزام فعلة التحريم اجتماع القرض والمعاوضة، لا كما توهمه البعض من أن العلة كون هذا الالتزام يؤدي إلى ضمان الربح لحملة الصكوك من قبل المصدر؛ إذ إن القرض هنا مسترد، فيحق للمدير الرجوع على حملة الصكوك بمثل ما أقرضه، وله أن يستقطع ذلك من أرباحهم اللاحقة، فإن لم تفِ فمن رؤوس

أموالهم، فاحتمال عدم تحقق الربح لحملة الصكوك وارد حتى مع وجود هذا الالتزام، بل الاحتمال قائم بحصول الخسارة فيما إذا لم تتحقق أرباح في المستقبل بمقدار القرض المقدم من المصدر.

الحال الثانية: التزام المصدر بتغطية العجز بمبالغ غير مستردة:
أي يتعهد المصدر بالتغطية ولا يكون له حق الرجوع على حساب الفائض لاحقاً، وإنما يستحق منه ما يتقرر له منه بمقتضى الإدارة فقط.
ولا شك أن هذا الشرط محرم؛ لأن حقيقة هذا الالتزام ضمان المصدر الربح المتوقع لحملة الصكوك، وهو لا يجوز؛ إذ إن يد المصدر (المدير) يد أمانة فلا يجوز أن يضمن إلا في حال التعدي أو التفريط؛ كما أن الربح عند التعقد معدوم فكيف يضمن شيئاً معدوماً ولا مقدوراً على تسليمه؟
ولا مانع من أن ينص في نشرة الإصدار على أن عبء إثبات عدم التعدي والتفريط على المصدر. والمسوغ لذلك ما في هذا الشرط من المصلحة وصيانة أموال الناس، وسد ذريعة الفساد وإهمال الأموال للعلم بعدم الضمان.
وقد أخذ بهذا الرأي –أي جواز نقل عبء إثبات عدم التعدي والتفريط إلى الأمين-مؤتمر المصارف الإسلامية المنعقد بالكويت عام 2009.
ولهذه المسألة نظائر متعددة مما ذكره الفقهاء المتقدمون -ولاسيما فقهاء المالكية- بتضمين يد الأمانة لوجود التهمة أو للمصلحة العامة، ومن ذلك:
1- ما ذهب إليه فقهاء المالكية من تضمين الصناع؛ للمصلحة العامة، صيانة لأموال الناس من الضياع[1].
2- تضمين الراعي المشترك والسمسار للتهمة، فالمشهور في مذهب الإمام مالك وغيره من الأئمة عدم تضمين الأجير المشترك من غير الصناع، كالراعي المشترك والسمسار، وخالف في ذلك جمع من فقهاء المالكية، وقالوا بتضمينهم للتهمة[2].
3- تضمين المودَع للتهمة، فالأصل في المودع عدم تضمينه، ولكن ذهب الفقيه المالكي ابن حبيب الأندلسي إلى تضمين صاحب الحمام ما يدعي هلاكه أو ضياعه من ثياب الناس المودعة لديه لجريان العادة بخيانته[3].
4- مطالبة من يدعي خلاف الظاهر بالبينة ولو كان الأصل يشهد له[4]، كما لو ادعت المرأة على زوجها الحاضر أنه لا ينفق عليها, فالأصل يقضي بعدم الإنفاق, والظاهر المستفاد من

1 بداية المجتهد 231/2 البهجة شرح التحفة 282/2.
2 كشاف القناع عن تضمين الصناع ص 113.
3 كشاف القناع عن تضمين الصناع ص96.
4 الفروق 75/4 و 112/4.

قرائن الحال يقضي بأنه ينفق عليها, فذهب فقهاء المالكية إلى تغليب الظاهر، فتطالب المرأة بالبينة على عدم الإنفاق؛ لأنها تدعي خلاف الظاهر.

فالمسوغات التي حملت الفقهاء المتقدمين على القول بتضمين يد الأمانة في المسائل السابقة، ما لم تقم البينة على عدم التعدي أو التفريط؛ متحققة في إدارة الاستثمارات؛ فوقوع الخسارة مظنة التهمة في حق المدير لكونه يدير المال بعيداً عن أعين حملة الصكوك، ولما في ذلك من المصلحة العامة بحفظ أموال الناس من الإهمال بداعي عدم تحمل الضمان.

وتحميل المدير عبء الإثبات لا يعني تحميله مسئولية الضمان، فبينهما فرق، إذ المقصود من مطالبته بالإثبات أنه إن أتى بالبينة أو بقرائن مقبولة على عدم تعديه أو تفريطه فلا ضمان عليه، وإن لم يأت بذلك فعليه الضمان؛ لقيام التهمة، بينما تحميله مسئولية الضمان يعني مطالبته بالضمان على كل الأحوال ولو أثبت أن التلف أو الخسارة وقعا بغير تقصير منه.

الحال الثالثة: التزام المصدر بالإقراض بقرض يسترد في حال توافر فائض يكفي، أو يسترد محاسبياً فقط:

ومن صور ذلك:

الصورة الأولى:

أن يلتزم المصدر بإقراض حساب الاحتياطي في حال وجود العجز، على أن له استرداده من الفوائض اللاحقة إذا كانت تكفي للقرض، فإذا لم يتوافر في الحساب الاحتياطي لاحقاً مبالغ تكفي للقرض فلا حق للمصدر في استرداده، وإن كان هناك ما يكفي لبعض القرض فيسترد منه بقدر ذلك.

فقد يقال: إن هذا من الإبراء المعلق على شرط، وهو جائز، بناء على ما ذهب إليه فقهاء المالكية(1) ورواية عن أحمد(2)، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية(3)، وابن القيم(4)، واستدلوا بما ثبت عن أبي اليسر صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لغريمه : إن وجدت قضاءً فاقض ، وإلا فأنت في حل(5).

وقد يقال –وهو الأظهر- بتحريم هذا الشرط؛ لأن حقيقته التزاماً بضمان أي نقص في التوزيعات، ولا حق للمصدر في الرجوع على الحساب إلا إذا توافر فيه ما يكفي، فالأصل هو عدم الاسترداد، ووقوع الاسترداد محتمل.

---

(1) تحرير الكلام في مسائل الالتزام (ضمن كتاب فتح العلي المالك 322/1). حاشية الدسوقي 99/4. منح الجليل 178/8.
(2) الإنصاف 32/17.
(3) الفروع 193/4.
(4) أعلام الموقعين 399/3 .
(5) أخرجه مسلم (كتاب الزهد والرقائق / باب حديث جابر الطويل وقصة أبي اليسر – برقم 3006).

ولا يصح تخريج هذه المسألة على الإبراء المعلق على شرط؛ لأن هذا الإبراء ليس إبراء مجرداً، وإنما هو مرتبط بعقد معاوضة؛ ولأنه يترتب على الالتزام بالإبراء محظور شرعي وهو ضمان الربح، وقد سبقت الأدلة على تحريمه.

الصورة الثانية:

أن يكون الاسترداد محاسبياً، أي بصورة شكلية، بحيث تزاد قيمة الأصول عند الإطفاء بمقدار القرض ثم يخصم منها ذلك المبلغ باعتباره استرداداً للقرض.

فعلى سبيل المثال لو كان القرض 20 مليوناً وقيمة الأصول عند الإطفاء 100 مليون، فتجعل القيمة 120 مليوناً محاسبياً فقط، ثم تخصم تلك القيمة، فيشتري المصدر تلك الأصول بقيمة 100 مليون، على اعتبار أن ال20 مليوناً خصمت من قيمة الشراء مقاصة بالقرض الذي قدمه.

والتحايل في هذه المعاملة ظاهر لا يخفى، وزيادة قيمة الشراء ثم خصمها صورية، وقد تم الاتفاق عليها قبل نشوء القرض، وحقيقة هذه المعاملة أن مصدر الصكوك ضمن لحملة الصكوك الأرباح المتوقعة المذكورة في نشرة الإصدار.

المسألة الثامنة: مشاركة المصدر في الاحتياطي:

الأصل أن يكون الاقتطاع لصالح الاحتياطي من الأموال العائدة لأرباب الأموال فقط أي من رؤوس أموالهم أو أرباحهم، دون الأموال العائدة للمدير، فإن كان يدير الصكوك بالمشاركة فمن حصته من رأس المال دون حصته من الربح التي تقابل العمل؛ لأن الغرض من الاحتياطي الحماية، وهي مسئولية أرباب الأموال.

وعلى هذا فالأصل أن يكون الاقتطاع لصالح الاحتياطي بعد اقتطاع الأجر أو الربح المخصص للمدير مقابل عمله؛ كيلا يشارك المدير في تكوين هذه الاحتياطيات.

فإن رضي المدير بأن تحتسب حصته من الأجر أو الربح بعد خصم الاحتياطيات، أي كان هناك اتفاق بين المدير وحملة الصكوك على أن يكون اقتطاع الاحتياطيات من الأرباح الكلية لوعاء الاستثمار، فهل يصح ذلك؟

قد يقال: بالمنع من ذلك؛ لئلا يشارك المدير في الضمان. وقد يقال: بالتفرقة بين ما إذا كان الغرض من الاحتياطي وقاية رأس المال، فيجب أن يتحمله المستثمرون وحدهم دون المدير، ولا يصح اقتطاعه من الربح الكلي للصندوق؛ لأنه يؤدي إلى مشاركة المدير في الضمان، وهو ممنوع، وأما إذا كان الغرض منه تحقيق الحماية من أي انخفاض مستقبلي في الأرباح

فلا مانع من ذلك؛ لأن الربح مشترك بينهما؛ فإن رضيا بتوزيعه أو بالاحتفاظ به فالحق لا يعدوهما، وهذا ما أخذت به الحلقة العلمية الثانية للبركة 1.

والذي يظهر للباحث أنه لا يوجد ما يمنع شرعاً من أن يكون الاقتطاع للاحتياطي من الربح الكلي لوعاء الاستثمار، سواء أكان لغرض حماية رأس المال، أو له وللربح، ولا يعد ذلك مشاركة منه في الضمان؛ لأن تكوين الاحتياطيات ليس ضماناً ولا هو في معنى الضمان؛ لأن الضمان التزام بالتعويض، وأما الأموال الاحتياطية فهي حماية للاستثمار، لا علاقة لها بقيمة التعويض المحتمل، فقد تكفي لجبر النقص في رأس المال وقد لا تكفي. ولهذا فإن التكييف الشرعي الصحيح للاحتياطيات أنها مصروفات محملة على الاستثمار وليست ضماناً له، والأصل في هذه المصروفات أن يتحملها رب المال؛ لكونها لحماية ماله، ولكن يجوز في عقد المضاربة أو الوكالة في الاستثمار أن يتبرع العامل بتحمل بعض المصروفات عن رب المال.

ونظير ذلك اشتراط رب المال على العامل زكاة رأس المال من الربح، مع أن الزكاة يتحملها رب المال وحده، وقد تحيط بالربح، فلا يحصل المضارب على شيء، بينما ينتفع رب المال بدفع الزكاة.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: " ويصح أن يشترط رب المال زكاة رأس المال أو بعضه من الربح.. فيختص رب المال بعمله؛ لأنا نقول: لا يمتنع ذلك، كما يختص بنفعه في المساقاة إذا لم يثمر الشجر"2، أي فيحصل النفع لرب الشجر دون العامل.

ومن الأهمية بمكان التفرقة بين التعويضات والمصروفات، فالالتزام بالتعويض عن نقصان رأس المال كله أو بعضه نوع ضمان، ولا يجوز؛ لما فيه من الغرر، وأما الالتزام بتحمل بعض المصروفات فلا محظور فيه؛ لأن المصروفات منضبطة، وما فيه من غرر فهو مغتفر؛ لكونه يسيراً تابعاً.

وأما التفرقة بين الاحتياطيات الموجهة لحماية رأس المال وتلك الموجهة لحماية الانخفاض في الربح، فهي محل نظر؛ لأن الاحتياطي لحماية الربح هو في الأصالة وقاية لرأس المال؛ إذ لا تتصور حماية الربح دون رأس المال؛ لأن الربح فرع عنه، فحماية الربح حماية له.

والحمد لله رب العالمين ، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

---

1 الفتاوى الاقتصادية ص156.

2 الأخبار العلمية ص146.

إدارة الحســاب الاحتياطي (الفائـض) في هيكل الصكوك

إعداد

د. عصام خلف العنزي

عضو هيئة التدريس بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الكويت

عضو هيئة الرقابة الشرعية في عدد من المؤسسات المالية الإسلامية



مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين:

لا تزال المعاملات المالية الإسلامية تتطور وفقاً لتطور حاجات الناس تطوراً سريعاً لا يستطيع الفرد منا أن يجاري هذا التطور لوحده، بل يحتاج إلى اجتهاد جماعي يتم فيه تداول الآراء ومناقشتها ليصل إلى الحكم الشرعي الذي يعتقد بصحته، كما أن بعض المعاملات التي تم إقرارها من الهيئات الشرعية تحتاج إلى مراجعة وتدقيق، فقد تكون بعض الفتاوى صدرت في أوضاع وحالات خاصة، ينتهي الحكم الشرعي بانتهاء تلك الأوضاع والحالات الخاصة لا أن يصبح ذلك الاستثناء أصلا تبنى عليه كثير من الأحكام.

وموضوع الاحتياطيات والمخصصات التي تستقطعها المؤسسات المالية الإسلامية يحتاج إلى دراسة متأنية، يتم فيها حصر بعض الصور التطبيقية المعاصرة، ولاسيما بعد الأزمة المالية العالمية التي عصفت بالدول والمؤسسات، مما استدعى هذه المؤسسات إلى استقطاع احتياطيات ومخصصات ضخمة، وهذا البحث هو مساهمة بسيطة لتسليط الضوء على ذلك لمعرفة حكم الشريعة الإسلامية في أخذ هذه المخصصات ومآلها وكيفية التصرف بها، ضارباً في ذلك مثالاً تطبيقياً عملياً وهو "صكوك الشركة السعودية للكهرباء": فقد جاء في نشرة الإصدار للصكوك ما يلي:

استخدام المتحصلات ("صافي الدخل): وفقاً لاتفاقية إدارة موجودات الصكوك، يقوم المصدر بتجميع كل الأموال (بعد خصم تكاليف المدير المسموح بها وأتعاب الإدارة وأتعاب الوكالة) التي يقبضها من موجودات الصكوك (صافي الدخل). ويقوم المصدر قبل كل تاريخ توزيع دوري بالدفع في حساب وكيل حملة الصكوك لدى مدير الدفعات (حساب العملية) ذلك المبلغ المتراكم أو مبلغ التوزيع الدوري، أيهما أقل. وإذا كان صافي الدخل المتحصل من موجودات الصكوك عن أية فترة توزيع دوري يتجاوز مبلغ التوزيع الدوري، فإن مدير موجودات الصكوك سيحتفظ بأي مبلغ فائض كاحتياطي. ويُقيد المصدر الاحتياطي من خلال قيد دفتري في حساب افتراضي وليس في حساب بنكي منفصل ومحدد. علماً بأن الغرض الأساسي من الاحتياطي هو الحفاظ عليه لمصلحة حملة الصكوك. وإذا قام المُصدر باستخدام واستثمار الاحتياطي لحسابه الخاص سيكون أي عائد على استخدام الاحتياطي أو خسارة تنشأ عن ذلك الحساب للمصدر وحده، ويجوز للمصدر تسجيلها كمطلوبات على المصدر في ميزانيته.

استخدام المتحصلات (الاحتياطي): وفقاً لاتفاقية إدارة موجودات الصكوك يحتفظ المصدر بالاحتياطي ويدفع المبالغ المستحقة لحساب الاحتياطي (إن وجدت).

يقوم المصدر قبل كل تاريخ توزيع دوري، بالدفع في حساب العملية المبالغ المستحقة (إن وجدت) لحساب الاحتياطي طبقاً للترتيب التالي حسب الأولية:

لسداد إجمالي مبلغ أي عجز من المبالغ المدفوعة لحملة الصكوك عن أي تاريخ توزيع دوري سابق ومبالغ التوزيع الدوري المقابلة لذلك التاريخ (ويطلق على كل واحد منها "عجز") وذلك إلى الحد الذي تظل فيه هذه المبالغ غير مدفوعة؛ و

لسد أي مبلغ عجز لفترة التوزيع الدوري الحالية.

قبل كل تاريخ شراء وكذلك قبل تاريخ الانتهاء، وبعد الوفاء بالدفعات المذكورة في الشرط 5 (ت)، يدفع المصدر في حساب العملية جميع الأموال المتوفرة في حساب الاحتياطي، إما على أساس المبلغ الإضافي أو تلك الأموال المستحقة لحساب الاحتياطي في ذلك التاريخ، أيهما أقل. ويحفظ باقي الاحتياطي، إن وجد، من قبل المصدر وفقاً للشرط 5 (ب).

عند تصفية الصكوك كما هو محدد في الشرط 10 (تصفية الصكوك)، يتسلم المصدر باقي الاحتياطي، إن وجد، لحسابه الخاص كحافز أتعاب مقابل إدارة موجودات الصكوك.

زيادة الاحتياطي: إذا، كان صافي الدخل المستلم عن موجودات الصكوك (الدخل الفعلي)، بالنسبة إلى فترة توزيع دوري أو أي فترة أخرى أقل من مبلغ صافي الدخل الذي كان يجب استلامه(الدخل المحدد) إما بسبب (1) تخفيض التعرفة المحددة في القرار رقم 169 (كما هو ساري المفعول في تاريخ الإقفال) أو تعديلها، أو بسبب تعديل أو إضافة أو إلغاء القرار رقم 169، فحينئذ، يقوم المصدر قبل آخر يوم من فترة التوزيع الدوري أو الفترة الأخرى المعنية، بإضافة مبلغ يعادل الفرق بين الدخل الفعلي والدخل المحدد إلى الاحتياطي (1).

ولذلك سوف أتناول هذه الصكوك بالدراسة في عدة نقاط:

حكم استقطاع الاحتياطيات ومآلها.

هل يجوز أن يشترط مصدر الصكوك أن يكون رصيد الحساب الاحتياطي في نهاية المدة مكافأة له عند التصفية، وذلك على سبيل الحافز أو المكافأة.

حكم اشتراط مصدر الصكوك أن يستخدم الحساب الاحتياطي لنفسه، وأن يخلطه بأمواله مقابل ضمانه للرصيد القائم فيه.

النص في شروط وأحكام الصكوك على التزام مصدر الصكوك بأن يودع من أمواله الخاصة في الحساب الاحتياطي ما يكفي للوفاء بالمبالغ المتوقعة للتوزيع الدوري وذلك على سبيل

---

(1) يراجع نشرة إصدار صكوك الشركة السعودية للكهرباء، مدير الإصدار بنك HSBC، سامبا كابيتال، المنسقان الشرعيان أمانة HSBC، اللجنة الشرعية التنفيذية بمجموعة سامبا المالية.

القرض الحسن الذي يسترده من فائض الحساب الاحتياطي إن وجد. ويتفرع عن ذلك عدة مسائل:

النص على أن القرض غير مسترد إن لم يكن في الحساب الاحتياطي ما يكفي لاسترداده.

النص على أن القرض مسترد ولكن التطبيق يقتصر على الناحية المحاسبية فقط، بمعنى أن المصدر إذا قدم قرضاً حسناً فإنه يزيد من ثمن شراء الأصل في نهاية المدة ثم يطرح المبلغ المذكور منه على سبيل الاسترداد.

وأسأل الله عز وجل التوفيق والسداد في هذا العمل، فإنه لا حول لنا ولا قوة إلا به.

والحمد لله رب العالمين،،،

{رَبَّنَا لاَ تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلاَ تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلاَ تُحَمِّلْنَا مَا لاَ طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَاغْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَآ أَنتَ مَوْلاَنَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ}

كتبه الفقير إلى عفو ربه

د. عصام خلف العنزي

"إدارة الحساب الاحتياطي (الفائض) في هيكل الصكوك"

لما كانت المضاربة والمشاركة من العقود التي تكتنفها العديد من المخاطر، أحجم كثير من المستثمرين عن استخدام هذه الأدوات الاستثمارية، ولاسيما في منتج الصكوك، لأن المستثمر في الغالب يرغب بتوزيعات دورية ثابتة لمواجهة التزاماته، أو لترتيب استثماراته المستقبلية. لذلك عمدت كثير من المؤسسات إلى تكوين احتياطيات لتقليل هذه المخاطر، ولحصول المستثمرين على عوائد ثابتة نسبيا، وسوف يقتصر الكلام على احتياطيات معدل الأرباح واحتياطيات مخاطر الاستثمار.

أولاً: تعريف الاحتياطيات وأنواعها:

الاحتياطي: جزء من حقوق أصحاب الملكية أو حقوق أصحاب حسابات الاستثمار، ويتم تكوينه بتجنيب مبلغ من الدخل (1)، وهو نوعان:

احتياطي معدل الأرباح:

وهو المبلغ الذي تجنبه المؤسسة من دخل أموال المضاربة، قبل اقتطاع نصيب المضارب، بغرض المحافظة على مستوى معين من عائد الاستثمار لأصحاب حسابات الاستثمار وزيادة حقوق أصحاب الملكية(2).

احتياطي مخاطر الاستثمار:

هو المبلغ الذي تجنبه المؤسسة من أرباح حسابات الاستثمار، بعد اقتطاع نصيب المضارب، لغرض الحماية من الخسارة المستقبلية لأصحاب حسابات الاستثمار(3).

فالاحتياطيات تقتطع من الأرباح المحققة لحملة الصكوك أو أصحاب حسابات الاستثمار، وتودع في حساب احتياطي لدى المصدر للصكوك أو للصكوك أو المؤسسة المالية المضاربة يستخدم في حال انخفاض معدل الربح المتحقق في المستقبل لتحقيق الاستقرار في التوزيعات الدورية المستقبلية أو لحماية رأس المال من مخاطر الاستثمار والخسارة إن وجدت.

---

(1) معايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار المحاسبة رقم (11) المخصصات والاحتياطيات 406.

(2) المرجع السابق.

(3) المرجع السابق.

ثانياً: حكم اقتطاع الاحتياطات

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم :30 (4/3) بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار ما يلي: "ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة، إما من حصة حملة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تنضيض دوري، وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال".

كما جاء في ندوة البركة الثامنة للاقتصاد الإسلامي (3/8) بشأن اقتطاع المخصصات في شركة المضاربة ما يلي:

إذا كان المخصص المقتطع من أرباح شركة المضاربة هو لضمان مستوى معين من الأرباح فإنه يجوز اقتطاعه من الربح الكلي قبل توزيعه بين أرباح رب المال والمضارب.

أما إذا كان المخصص لوقاية رأس المال (حماية الأصول) فإنه يقتطع من حصة أرباب المال في الربح وحدهم، ولا يشارك فيه المضارب، لأن الاقتطاع من الربح الكلي يؤدي إلى مشاركة المضارب في تحمل خسارة رأس المال، وهي ممنوعة شرعاً (1).

وهذان القراران قد بينا جواز اقتطاع هذه الاحتياطات ما دام أن هناك إفصاح في نشرة الإصدار باقتطاع نسبة معينة من الأرباح لضمان توزيع نسبة من الأرباح بمعدل ثابت، أو لضمان رأس المال وحمايته من المخاطر. إلا أن كلا القرارين لم يبين مصير هذه المخصصات إذا انتفى الغرض منها، أو لم يكن ثمة حاجة في استخدامها فيما خصصت له. وهنا برزت عدة مسائل أجملها فيما يلي:

---

(1) قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي 135.

أولاً: من هو المالك لهذه الاحتياطيات:

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم :30 (4/3) بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار: "يستحق الربح بالظهور، ويملك بالتنضيض أو التقويم، ولا يلزم إلا بالقسمة" .

وهذه الاحتياطيات كما جاء في تعريفها إنما تقتطع من الربح، ولا يظهر الربح إلا بعد التنضيض، وبالتالي فإن المالك لهذه الاحتياطيات هو من اقتطعت منه خلال الفترة المالية التي تم حساب هذه الاحتياطيات فيها.

فإن استخدمت هذه الاحتياطيات فيما خصصت له فلا إشكال في ذلك، وإنما الإشكال إذا لم تستخدم هذه الاحتياطيات فيما خصصت له، فإني أعتقد أنها يجب أن ترجع لمن اقتطعت منه، حتى لو تخارج المستثمر من الاستثمار، ولا يتأتى مبدأ "المبارأة" هنا، لأن مبدأ "المبارأة" يختص بالأرباح والخسارة اللاحقة بالمستثمر عندما يتخارج من استثماره قبل انتهاء مدته فإنه يبرئ المؤسسة من الأرباح التي يمكن أن تتحقق كما أن المؤسسة تبرئ المستثمر من أي خسارة لاحقة. وفي حالة اقتطاع الاحتياطيات فإن المستثمر قد ملك هذه الاحتياطيات بموجب قرار مجمع الفقه الإسلامي السابق، فعند عدم استخدام هذه الاحتياطيات في الغرض المحدد لها فيحب أن ترد إلى أصحابها، وهم من اقتطعت منهم.

فإن قال قائل إن المستثمر قد تنازل عن هذه الأرباح لمن يأتي بعده، فإني لم أجد فيما اطلعت عليه من نشرات أو إصدارات أو نظم أساسية يوجد فيها مثل هذا التنازل.

ثانياً: اقتطاع احتياطيات بقدر زائد عن الحاجة:

جاء في معيار المخصصات والاحتياطات بخصوص إثبات الاحتياطيات ما يلي: "يتم إثبات الاحتياطيات عند ما تقرر إدارة المصرف، بموافقة أصحاب حسابات الاستثمار، تكوين احتياطي معدل الأرباح و/ أو احتياطي مخاطر الاستثمار(1)"، فالمعيار نص على أن لاقتطاع هذه الاحتياطيات لا بد من أخذ إذن المستثمرين، لأن المؤسسة تقتطع تلك الاحتياطيات من نصيبيهم في الربح، وهذا لا إشكال فيه، إنما الإشكال فيمن يحدد نسبة اقتطاع الاحتياطيات من الأرباح، فقد نص المعيار على ما يلي "يقاس احتياطي معدل الأرباح بالمبلغ الذي تراه الإدارة ضرورياً، آخذة في الاعتبار الحيطة والحذر" (2).

وأيضاً جاء فيه: "يقاس احتياطي مخاطر الاستثمار بالمبلغ الذي تراه الإدارة ضرورياً، آخذه في الاعتبار الحيطة والحذر" (3).

فالمعيار أوكل مهمة تحديد نسبة اقتطاع الاحتياطيات للإدارة، والسؤال ماذا لو كانت الإدارة متحفظة في إدارتها، واقتطعت من أرباح المستثمرين نسبة أكبر مما تحتاجه كاحتياطي، فالنظم المحاسبية لا تمنع ذلك، كما أن الجهات الرقابية تشجع على ذلك لكون هذه الإدارة متحفظة في إدارتها، ومتحوطة في استثماراتها.

والإشكال في هذا أن المؤسسات حرمت المستثمرين من أرباحهم التي كما قلنا سابقاً أنهم يملكونها بسبب هذا التحوط الزائد.

ويتضح هذا الأمر أكثر في اقتطاع المخصصات (4)، ولاسيما إذا كان المخصص خاصاً، أي لأجل استثمار محدد لمعالجة انخفاض قيمته، فمثلاً لو اشترت المؤسسة عقاراً بمليون

---

(1) معايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار المحاسبة رقم (11) المخصصات والاحتياطيات 406.

(2) المرجع السابق.

(3) المرجع السابق.

(4) المخصص: حساب لتقويم الموجودات يتم تكوينه باستقطاع مبلغ من الدخل بصفته مصروفاً، والمخصصات نوعان:

أ - خاصة: وهو مبلغ يتم تجنيبه لمقابلة انخفاض مقدر في قيمة موجود محدد، سواء كان من موجودات الذمم، وذلك لتقويم هذه الموجودات بالقيمة النقدية المتوقع تحقيقها أي المتوقع تحصيلها. أم في موجودات التمويل والاستثمار، وذلك لتقويم هذه الموجودات بالتكلفة أو بالقيمة النقدية المتوقع تحقيقها أيهما أقل.

ب - عامة: وهو مبلغ يتم تجنيبه لمقابلة خسارة موجودات الذمم والتمويل والاستثمار التي يحتمل أن تنتج عن مخاطر حالية غير محددة. ويمثل المبلغ المجنب لمعالجة الخسارة المقدرة التي تأثرت بها هذه الموجودات نتيجة لأحداث وقعت في تاريخ قائمة المركز المالي وليست الخسارة المقدرة التي قد تنتج عن أحداث مستقبلية.

دينار، وانخفضت قيمته إلى النصف فإن المؤسسة يجب عليها أن تكوّن مخصصاً لهذا الانخفاض بمقدار خمسمائة ألف، لمواجهة الانخفاض في قيمة هذا العقار وفق نظم المحاسبة والرقابة. فإذا قامت المؤسسة بأخذ مخصص أكثر من قيمة الانخفاض بأن أخذت مخصصاً بمقدار 80% من قيمة العقار، أي أخذت مخصصاً بقيمة ثمانمائة دينار، فإن الجهات الرقابية والمحاسبية تشجع على ذلك باعتبار أن المؤسسة متحوطة في استثماراتها، إلا أن هذه المخصصات تم استقطاعها من أرباح المستثمرين، فبدلاً أن يكون ربح المستثمر 1000 دينار مثلاً فإنه سينخفض ربحه إلى 600 دينار ، وهذا فيه غبن للمستثمرين، لاسيما إذا عاد العقار للارتفاع في قيمته، فإنه سيتم تحرير هذا المخصص، ويحصل مستثمر آخر عليه، مع أنه اقتطع من مستثمر كان يملك هذه المخصصات على اعتبار أن هذه المخصصات اقتطعت من أرباحه، وهذه المخصصات الاحترازية ليس لها أثر فقط في توزيع الأرباح، وإنما ظهر لها أثر آخر في حساب الزكاة، فقد قامت إحدى المؤسسات المالية الإسلامية بأخذ مخصص بالكامل على قطعة أرض قامت بشرائها، لأن قيمتها انخفضت بمقدار 60%، فتحوطاً قامت المؤسسة بأخذ مخصص 100% على قطعة الأرض، فعندما قامت الهيئة الشرعية بحساب الزكاة للمؤسسة وجدت أن هذا العقار لا توجد له قيمة، لأنهم أخذوا عليه مخصصاً بالكامل، فطلبت الهيئة تقييم العقار بقيمته السوقية أيا كانت وتضم قيمته إلى الوعاء الزكوي.

وأعتقد أن إطلاق يد الإدارة في تحديد نسبة الاحتياطيات يحتاج إلى إذن مسبق من المستثمرين بمقداره، ويتم الإفصاح عن ذلك في نشرات الإصدار وشروط حسابات الاستثمار.

كما يجب حفظ أسماء المستثمرين الذين اقتطعت منهم هذه الاحتياطيات وإرجاعها لهم إذا انتقى الغرض من هذه الاحتياطيات على اعتبار أن هؤلاء المستثمرين هم الملاك لهذه الأرباح، أو أخذ الإذن منهم عن تنازلهم عن هذه الأرباح للآخرين. وهو ما يطلق عليه في الفقه الإسلامي الإبراء، أي أن يبرئ المستثمرين الآخرين من الحقوق التي لهم، وقد اختلف الفقهاء في الإبراء هل يعتبر إسقاطاً أم تمليكاً، وسوف أتناول هذا بشيء من التفاصيل لأهميته في موضوع الاحتياطيات والمخصصات التي يتم استقطاعها.

يراجع معايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية. معيار المحاسبة رقم (11) المخصصات والاحتياطيات 403-404

أولاً: تعريف الإبراء

الإبراء لغة:

من معاني الإبراء في اللغة التنزه والإسقاط يقال برئ زيد من دينه يبرأ براءة سقط عنه طلبه. واستبرأت من البول تنزهت عنه (1) .

الإبراء اصطلاحاً:

هو هبة الدين لمن عليه الدين، وكما يستعمل في الإسقاط يستعمل في الاستيفاء (2).

وعرف الدكتور نزيه حماد الإبراء بأنه: الخروج من الشيء ومفارقته (3).

وعرف الإبراء أيضاً بأنه: إسقاط الشخص حقا له في ذمة آخر أو قِبَله (4).

والمبارأة مفاعلة من البراءة (5). فالطرفان كل منهما يبرئ صاحبه من حقه.

ثانياً: هل الإبراء إسقاط أو تمليك؟

إختلف الفقهاء فيه إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: وعليه جمهور الحنفية وهو قول لكل من المالكية والشافعية، والراجح عند الحنابلة، أنه للإسقاط.

القول الثاني: ما نقله بعض الشافعية وابن مفلح في بعض المسائل أنه تمليك من وجه.

القول الثالث: وهو ما نقله ابن مفلح أيضاً أن جماعة من الحنابلة جزموا أنه تمليك (6).

وذهب الإمام النووي – رحمه الله – إلى عدم الترجيح بإطلاق، أي أن الإبراء لا يعتبر تمليكاً بإطلاق ولا إسقاط بإطلاق، بل يختلف الإبراء بحسب الصور، فأحياناً يعتبر تمليكاً وأحياناً يعتبر إسقاطاً (7). وهذا يتضح من الصور التي ذكرها الفقهاء للإبراء، ففي بعضها اعتبروا الإبراء تمليكاً، وفي بعضها الآخر اعتبروه إسقاطاً (8).

---

(1) المصباح المنير (برى).
(2) الكليات للكفوي 33 مؤسسة الرسالة.
(3) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية 93، دار القلم.
(4) الموسوعة الفقهية الكويتية 142/1، وزارة الأوقاف الكويتية.
(5) طلبة الطلبة للنسفي 108 دار الكتب العلمية.
(6) الموسوعة الفقهية 148/1.
(7) المنثور في القواعد للزركشي 81/1 وزارة الأوقاف الكويتية.
(8) الأشباه والنظائر للسيوطي 312 دار الكتاب العربي.

ولهذا توسط ابن السمعاني فقال: إنه تمليك في حق من له الدين، إسقاط في حق المديون، وذلك لأن الإبراء إنما يكون تمليكاً باعتبار أن الدين مال، وهو إنما يكون مالا في حق من له الدين، فإن أحكام المالية إنما تظهر في حقه (1).

وثمرة هذا الخلاف تظهر في الآتي:

من ذهب من الفقهاء بأن الإبراء إسقاط قال بأن الإبراء من الدين لا يحتاج إلى القبول من المدين، لأن الإسقاطات لا تحتاج إلى القبول (2).

ومن ذهب إلى أن الإبراء تميلك قال إن الإبراء يحتاج إلى قبول من عليه الحق، لأن الإبراء نقل للملك، أي تمليك ما في ذمة المدين له، فيكون من قبيل الهبة، وهي لا بد فيها من القبول (3).

من رأى أن الإبراء إسقاط ذهب إلى صحة الإبراء من المجهول، أما من ذهب إلى أنه تمليك اشترط العلم، لأنه لا يمكن تمليك المجهول (4).

أثر الإبراء على استقطاع الاحتياطيات والمخصصات:

يقول فضيلة الأستاذ الدكتور على القره داغي في تأكيده على أن البنك لا يستأثر بأموال هذه الاستقطاعات لصالحه إن بقيت: والخلاصة أن المسألة خلافية، وأن الراجح هو أن الإبراء في بعض المسائل مثل مسألتنا هذه فيها معنى التمليك، ولذلك تؤثر فيها الجهالة الكبيرة، وبالتالي فإن هذا الإبراء لا يجوز بهذه الحالة الراهنة، ولكن يجب أن نلجأ إلى مذهب المالكية في الالتزام بالتبرع لجهات الخير، فهذا في نظري هو الراجح، وذلك بأن يكتب في العقد: "ألتزم بالتبرع في المبالغ المستقطعة من حسابي لصالح مخاطر العام المقبل كلها، وأن ما تبقى منها يصرف لصالح وجوه الخير تحت إشراف هيئة الفتوى والرقابة الشرعية" . ولكن الأفضل والأحوط والأورع هو إرجاع هذه المبالغ أو ما تبقى منها إلى أصحابها كل حسب

---

(1) المنثور في القواعد 1/81-82.

(2) درر الحكام شرح مجلة الأحكام علي حيدر 64/4 المادة 1568 دار الكتب العلمية. مغني المحتاج 179/2. دار إحياء التراث العربي . شرح منتهى الإيرادات 142/2-143 عالم الكتب.

(3) حاشية الدسوقي 99/4 عيسى البابي الحلبي.

(4) الموسوعة الفقهية 155/1.

ماله، وليس هذا صعباً أو مستحيلاً في ظل التقنيات الحديثة والبرامج المطورة للحاسوب" (1).

وأعتقد والله أعلم أن إرجاع هذه الأموال لأصحابها ليس من باب الورع والأحوط، بل هو الواجب شرعاً إذا أمكن حصر أصحاب هذه الأموال، لأن الاحتياطيات والمخصصات تم استقطاعها لهدف محدد، فإذا انتفى هذا الهدف فإن الواجب هو إرجاع هذه المبالغ لأصحابها. كما أعتقد أن هذا أولى من التصدق نيابة عنهم، وإذا رغبت المؤسسة بالتصدق نيابة عنهم فلا يتم ذلك إلا في حالتين:

عدم إمكانية واستحالة الوصول إلى أصحاب هذه المبالغ.

بالنص على ذلك في شروط وأحكام الحسابات الاستثمارية على التبرع بعد الانتهاء من غرض هذه الاحتياطيات والمخصصات.

وفي كل الأحوال لا يصح أن تستحوذ المؤسسة المديرة لهذه الحسابات على تلك الاحتياطيات والمخصصات إلا بشروط محددة وخاصة سنتناول بعضها في الصفحات التالية.

حكم اشتراط مصدر الصكوك أن يكون رصيد الحساب الاحتياطي (الفائض) في نهاية المدة مكافأة له عند التصفية.

نص الإمام ابن قدامة على الآتي: "إذا دفع إلى رجل ثوباً، وقال: بعه بكذا فما ازددت فهو لك صح، لما روى عن ابن عباس - رضي الله عنهما- أنه كان لا يرى بأسا بأن يعطي الرجل الرجل الثوب أو غير ذلك فيقول بعه بكذا أو كذا فما ازددت فهو لك، ولا يعرف في عصره مخالف، ولأنها عين تنمى بالعمل فيها أشبه دفع مال المضاربة، إذا ثبت هذا فإن باعه بزيادة فهو له، لأنه جعلها أجرة، وإن باعه بالقدر المسمى من غير زيادة فلا شيء له، لأنه جعل له الزيادة، ولا زيادة هنا فهو كالمضارب إذا لم يربح، وإن باعه بنقص عنه لم يصح البيع، لأنه وكيل مخالف، وإن تعذر رده ضمن النقص" (2).

فهذا النص يبين أنه لا بأس بأن يأخذ الوكيل ما فاض عن ربح معين ما دام أن الموكل قد حدد له ربحاً معيناً، وهذا الفائض قد كيّفه الإمام ابن قدامة على أنه أجرة، إلا أن هذا التكييف يعترض عليه بأن الأجرة في هذه الحالة مجهولة غير معلومة، فلا يعرف الوكيل كم أجرته، ويتأكد هذا بما إذا باعه بالثمن الذي حدده الموكل فإن الوكيل لن يأخذ شيئاً، وهذا لا يصح في

(1) بحث مقدم للمؤتمر الثالث للمؤسسات المالية الإسلامية.
(2) المغني مع الشرح 81/6.

الإجارة، والأسلم من هذا تكييف الحافز على أنه هبة مشروطة، لأن عقد الهبة من عقود التبرعات التي يجوز فيها الجهالة.

وأما بخصوص اشتراط مصدر الصكوك أن يكون رصيد الحساب الاحتياطي (الفائض) في نهاية المدة مكافأة له عند التصفية، فهذا والله أعلم غير جائز، لأن الاشتراط جاء من قبل مصدر الصكوك. والاحتياطيات إنما يقرر مقدارها مدير الصك، وكما سبق أن أشرنا إليه أنه لا يوجد ما يمنع مصدر الصك من تحديد نسبة أكبر أو نسبة يعلم علما يغلب على الظن أنه لن تحدث تلك المخاطر التي أخذ من أجلها تلك الاحتياطيات، فيكون ذلك فيه تعارض للمصالح، فمصدر الصك هو من يقرر مقدار الاحتياطيات، وهو من يستفيد من هذه الاحتياطيات. ولذلك منع الفقهاء أن يشتري الوكيل لنفسه ما وكّل ببيعه.

وهذا من الأمور المهمة التي تبين أن الفقهاء قد أدركوا موضوع تعارض المصالح سواء في الوكالة أو الشركة أو المضاربة، وقالوا مثلا في تبرير منع الوكيل أن يشتري لنفسه ما وكّل في بيعه ما يلي:

يقول الإمام ابن قدامة في تبرير منع ذلك: "لأنه تلحقه التهمة، ويتنافى الغرضان في بيعه نفسه، فلم يجز كما لو نهاه، والوصي كالوكيل لا يلي بيع مال غيره بتوليه، فأشبه الوكيل، بل التهمة في الوصى آكد من الوكيل، لأن الوكيل، يتهم في ترك الإستقصاء في الثمن لا غير، والوصي يتهم في ذلك وفي أنه يشتري من مال اليتيم ما لا حظ لليتيم في بيعه فكان أولى بالمنع، وعند ذلك لا يكون أخذه لماله قربا له بالتي هي أحسن" (1).

ويعبر الشربيني عن تعارض المصالح بقوله: "والوكيل بالبيع والشراء مطلقاً لا يبيع ولا يشتري لنفسه ولا لولده الصغير ونحوه من محاجيره، ولو أذن له فيه، لتضاد غرض الاسترخاص لهم والاستقصاء للموكل، وكذا لو قدر له الثمن ونهاه عن الزيادة، لأن الأصل عدم جواز اتحاد الموجب والقابل وإن انتفت التهمة، ولأنه لو وكله ليهب من نفسه لم يصح، وإن انتفت التهمة لاتحاد الموجب والقابل" (2).

ولذلك أجد أنه من الأسلم أن يشترط مصدر الصك المشاركة في هذه الاحتياطيات بنسبة معلومة بينه وبين حملة الصكوك.

أو أن يتم تحديد نسبة الاحتياطيات التي يحق لمصدر الصك استقطاعها حتى تكون معلومة بأن لا تزيد مثلاً عن 10% من القيمة الاسمية للصك أو أي قيمة يتم الاتفاق عليها.

(1) المغني مع الشرح 238/5. دار الفكر.

(2) مغني المحتاج 224/2-225 دار إحياء التراث العربي.

اشتراط مصدر الصكوك أن يستخدم الحساب الاحتياطي لنفسه أو أن يخلطه بأمواله مقابل ضمانه للرصيد القائم فيه.

إن اشتراط مصدر الصكوك أن يستخدم الحساب الاحتياطي لنفسه يعني أن يأخذه لنفسه على سبيل القرض الحسن، لذلك سوف يكون هذا المبلغ مضموناً على مصدر الصكوك، وهذا والله أعلم غير جائز لما يأتي:

إن هذا فيه تعارض للمصالح، حيث إن مصدر الصك هو من يحدد نسبة الاحتياطيات التي سوف تستقطع من حملة الصكوك، وهو من سيستفيد من هذه الاحتياطيات عن طريق القرض الحسن، فقد يقوم مصدر الصكوك بزيادة نسبة الاحتياطيات المستقطعة حتى يزيد من قيمة القرض الذي سوف يستفيد منه.

إن هذا فيه اشتراط عقد القرض في عقد معاوضة، وهذا غير جائز، لأن فيه جمع بين عقد سلف وبيع، وقد نهى النبي ﷺ عن ذلك، فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: "لا يحل سلف وبيع" (1). جاء في مواهب الجليل نقلاً عن الجزولي: "ولا يجوز بيع وسلف، وكذلك ما قارن السلف من إجارة وكراء. قال أبو عمران: حصره أن تقول كل عقد معاوضة لا يجوز أن يقارنه السلف" (2). وجاء في الحاوي للماوردي: "وعلى هذا المعنى لا يجوز شراء وقرض ... وكذا لا تجوز الإجارة بشرط القرض" (3).

ولأنه شرط عقدا في عقد، فمصدر الصكوك لا يدير الصكوك إلا إذا قام حملة الصكوك بإقراضه، فهو كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره (4) .

والبديل عن الإقراض، أن يقوم مصدر الصكوك باستثمار هذه الأموال لصالح حملة الصكوك بعقد مضاربة يتفق فيها الطرفان على نسبة الربح الشائعة بينهما كما في عقد المضاربة. ويتم إيضاح ذلك في نشرة الإصدار. وهذا في اعتقادي أسلم من الناحية الشرعية، فاشتراط عقد مضاربة في إدارة الصكوك لا ينطبق عليه ما سبق ذكره، لأن حملة الصكوك يطلبون من مصدر الصكوك بالإضافة إلى ما كلف به من إدارة للصكوك أن يقوم بعمل آخر، وهو استثمار أموال الاحتياطيات حتى لا تبقى معطلة. وهو أولى من أن يستأثر مصدر الصك بالربح كله لنفسه في حالة أخذ أموال الاحتياطيات قرضا حسناً لنفسه.

وقد جاء في فتاوى بيت التمويل الكويتي ما يلي:

"ما الحكم الشرعي في الآتي: إن مبلغ الاحتياطيات العائدة للمساهمين تبقى في بيت التمويل الكويتي، مع الأموال المستثمرة، شأنها في ذلك شأن رأس المال والودائع

(1) أخرجه الترمذي 527/3 وقال: حديث حسن صحيح.
(2) مواهب الجليل 146/6، دار عالم الكتب.
(3) الحاوي للماوردي 352/5، دار الكتب العلمية.
(4) المغني مع الشرح 391/4.

الاستثمارية، فهل يجوز أن يكون لهذا المال الاحتياطي مشاركة المال في الربح والخسارة، مع العلم بأن هذه الاحتياطيات تؤدى زكاتها سنوياً حسب إذن المساهمين؟

الجواب:

هذا المال الاحتياطي هو داخل في المال المستثمر بطريق المضاربة فيكون له نصيب شائع في الربح والخسارة، كباقي الأموال المستثمرة لدى البنك" (1)

(1) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية – بيت التمويل الكويتي 63/2.

النص في شروط وأحكام الصكوك على التزام مصدر الصكوك بأن يودع من أمواله الخاصة في الحساب الاحتياطي ما يكفي للوفاء بالمبالغ المتوقعة للتوزيع الدوري، وذلك على سبيل القرض الحسن الذي يسترده من فائض الحساب الاحتياطي إن وجد.

إن إقراض مصدر الصكوك لحملة الصكوك قرضاً حسناً لمواجهة التوزيعات الدورية في حال انخفاضها واسترداد القرض من الاحتياطيات إن وجدت، أعتقد والله أعلم أنه غير جائز للأسباب التالية:

لأن المقرض في هذه الصورة هو مصدر الصكوك، وهو من يقوم بإدارة الصكوك، وبالتالي سوف ينتفع مصدر الصكوك من إقراضه، لأنه لولا القرض لما أصدر الصكوك، ولما اشترك حملة الصكوك في هذه الصكوك، فهذا والله أعلم من باب القرض الذي يجر نفعاً. ومما يؤكد ذلك أن هذا القرض سوف يشرط في نشرة الإصدار، ومما يزيد في شك أن المقرض (مصدر الصك) سوف ينتفع من قرضه، أن مصدر الصك سوف يأخذ قرضه من الاحتياطيات، فإن لم يوجد في الاحتياطيات ما يسد قيمة القرض فإن المقرض يكون متبرعاً بما أقرضه لصالح حملة الصكوك، ومصدر الصك من الشركات الربحية التي لا يمكن أن تتبرع بأموالها لصالح حملة الصكوك في مقابل لا شيء، بل هي تتبرع بالقرض لكونها قد انتفعت من القرض، كما أن هذا التبرع لم يجر فيه العرف بين التجار، فلا يصح لها أن تتبرع بما ليس من العرف، لأن في هذا التبرع تضييع لحقوق مساهميها، فهي غير مأذون لها بالتبرع. وبما أنها غير مأذون لها بالتبرع لا قانونا ولا عرفاً، فإن هذا التبرع يثير الشك بأنه سوف يجر نفعاً، وإلا لما أقدم مصدر الصك على ذلك.

ما سبق أن أشرنا إليه وهو اشتراط عقد في عقد، فحملة الصكوك يشترطون على مصدر الصك بأنهم لن يعطوه إدارة الصكوك إلا إذا قام مصدر الصك بإقراضهم، وأيضاً فيه اجتماع سلف وبيع وهو ما أشرنا سابقاً إلى منعه.

بما أن هذا القرض سوف يتم استرداده من مبلغ الاحتياطيات، فإن مصدر الصك سوف يحرص على وجود مبلغ في الاحتياطيات يوازي قيمة القرض، لكي يسترد منه مبلغ القرض، ولو كان ذلك على حساب زيادة قيمة الاحتياطيات، وهو ما أشرنا إلى منعه لوجود تعارض في المصالح.

إن الهدف من هذا القرض هو أن يطمئن حملة الصكوك إلى وجود عوائد يقبضونها تحت أي ظرف من الظروف، وعدم النص على أن قيمة القرض مستردة، فيه ضمان لحملة الصكوك من أي خسارة تلحق بهم أو تخفض من عوائدهم.

إن مصدر الصكوك مخول من قبل حملة الصكوك باستقطاع مبالغ كاحتياطي معدل الأرباح، وهو كما أشرنا في أول البحث للمحافظة على مستوى معين من عائد الاستثمار، فما الحاجة في أن يقوم مصدر الصكوك بإقراض حملة الصكوك قرضاً قد يسترده أو لا يسترده.

النص على أن القرض مسترد ولكن التطبيق يقتصر على الناحية المحاسبية فقط، بمعنى أن المصدر إذا قدم قرضاً حسناً فإنه يزيد من ثمن شراء الأصل في نهاية المدة ثم يطرح المبلغ المذكور منه على سبيل الاسترداد، فمثلاً إذا كان الثمن في الوعد بالشراء هو 100 مليون وكان القرض الحسن 20 مليونا زيد ثمن الشراء إلى 120 مليوناً ثم حسم منه القرض الحسن فيصير مرة أخرى 100 مليون ويكون المصدر قد استرد القرض.

ولمعرفة حكم هذه المسألة سوف أنقل كلام الفقهاء في حكم أن يشترط المقرض في عقد القرض أن يبيعه المقترض شيئاً أو يشتري منه أو يؤجره أو يستأجر منه ونحو ذلك حيث اختلفت أقوال الفقهاء في ذلك، وهذه بعض نصوصهم:

أولاً: مذهب الحنفية:

فرق الحنفية بين مسألة أن يتقدم القرض على عقد البيع أو أن يتقدم عقد البيع على عقد القرض.

أولاً: تقدم عقد القرض على عقد البيع:

لو أقرض شخص آخر قرضاً ليشتري منه متاعاً بثمن غال بأن أقرضه مائة دينار ثم اشترى المستقرض من المقرض ثوباً قيمته عشرون ديناراً بأربعين ديناراً فهذا له صورتان:

إذا كان عقد البيع مشروطاً: فهو مكروه، وذهب شمس الأئمة الحلواني إلى أنه حرام، لأن هذا قرض جر منفعة، لأنه يقول: لو لم أشتره منه طالبني بالقرض في الحال.

إذا لم يكن عقد البيع مشروطاً: قال الكرخي: لا بأس به، وقال الخصاف: ما أحب له ذلك، وهذا يعني أنه قريب من الكراهة لكنه دون الكراهة، ولم ير محمد بذلك بأساً.

قال شيخ الإسلام خواهر زاده – رحمه الله - ما نقل عن السلف محمول على ما إذا كانت المنفعة، وهي شراء المتاع بثمن غال مشروطة في الاستقراض، وذلك مكروه بلا خلاف، وما ذكر محمد - رحمه الله - محمول على ما إذا لم تكن المنفعة والهدية مشروطة في القرض، وذلك لا يكره بلا خلاف.

ثانياً: تقدم عقد البيع على عقد القرض:

كأن يشتري إنسان من آخر متاعاً قيمته عشرون ديناراً بأربعين ديناراً، ثم يقرضه ستين ديناراً، حتى صار للمقرض على المستقرض مائة دينار، وحصل للمستقرض ثمانون، فهذه الصورة للحنفية ثلاثة أقوال:

ذكر الخصاف أن هذا جائز، وهذا مذهب محمد بن مسلمة إمام بلخ، فإنه روى أنه كان له سلع، فكان إذا استقرض إنسان منه شيئاً كان يبيعه أولاً سلعة بثمن غال ثم يقرضه بعض الدنانير إلى تمام حاجته.

وكان الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني يفتي بقول الخصاف، وكان يقول: هذا ليس بقرض جر منفعة، بل هذا بيع جر منفعة، وهو القرض(1).

ويلاحظ من أقوال الفقهاء السابقة أنها مترددة بين الكراهة والجواز، ولم يقل أحد منهم في هذه الصورة أنها محرمة.

أكثر المشايخ عند الحنفية كانوا يكرهون ذلك، وكانوا يقولون: هذا قرض جر منفعة.

ذهب بعض الحنفية إلى أنه إن كانا في مجلس واحد يكره، وإن كان في مجلسين مختلفين لا بأس به، لأن المجلس الواحد لجمع الكلمات المتفرقة، فكأنهما وافقا معاً، فكانت المنفعة مشروطة في القرض.

ونقل الإمام ابن عابدين عن الفتاوى الحامدية: سئل فيما إذا كان لزيد بذمة عمرو مبلغ دين معلوم فرابحه عليه إلى سنة، ثم بعد ذلك بعشرين يوماً مات عمرو المديون، فحل الدين ودفعه الوارث لزيد، فهل يأخذ من المرابحة شيء أم لا؟ الجواب جواب المتأخرين: أنه لا يؤخذ من المرابحة التي جرت المبايعة عليها بينهما إلا بقدر ما مضى من الأيام. قيل للعلامة نجم الدين: أتفتي به؟ قال: نعم، كذا في الأنقروي والتنوير، وأفتى به علامة الروم مولانا أبو السعود" (2).

ثانياً: المالكية:

ذهب المالكية إلى عدم جواز هدية المديان، لأن قبولها ذريعة إلى التأخير بزيادة، أما مبايعته فقد حكى اللخمي قولين: الجواز والكراهة، وأشار إلى تنزيل الخلاف على حالين: فإن استوفى الثمن أو كانت الزيادة يسيرة مما يتغابن الناس بمثلها جاز، وإن كثر الغبن لم يجز (3).

وذهب المالكية في المعتمد إلى أن المدين يحرم عليه مبايعة الدائن أو المقرض إذا كان البيع فيه مسامحة، أي بغير ثمن المثل سواء كان قبل الأجل أو بعده، أما بيعه بغير مسامحة فقيل يجوز، وقيل يكره واستظهر الأول. فإن وقع البيع مع المسامحة رُد إلا أن يفوت، ففيه القيمة في المقوم، والمثل في المثلى(4).

---

(1) حاشية ابن عابدين 7/369-379. دار الكتب العلمية. المحيط البرهاني. برهان الدين مازه . دار إحياء التراث العربي.
(2) حاشية ابن عابدين 7/387.
(3) القوانين الفقهية لابن جزي 248 دار الفكر. عقد الجواهر الثمينة لابن شاس 2/760 دار الغرب الإسلامي.
(4) حاشية الدسوقي 3/225. حاشية الخرشي 5/231 دار الفكر.

أما شراء المدين من رب الدين مسامحة فيكره، لاحتمال حمل المدين على زيادة في السلف (1).

يقول ابن شاس: متى تمحضت المنفعة للمقترض جاز، وإن تمحضت للمقرض منع، لأنه سلف جر نفعاً فإن دارت المنفعة من الطرفين منع أيضاً ما لم تكن ضرورة فإن كانت كالسفاتج التي تدفع في بلد وتقتضى في غيره فينتفع المقرض بالسلامة من غرر الطريق ففيها روايتان: المشهور منهما المنع، وروى القاضي أبو الفرج الجواز (2).

ثالثاً: مذهب الشافعية:

ذهب الشافعية إلى أن من معنى القرض الذي يجر نفعاً، أن يقرض إنساناً ويشترط عليه أن يستأجر منه ملكه بأكثر من قيمته، وهو في هذه الحالة محرم إجماعاً، أما إذا لم يكن شرط الاستئجار مشروطاً فإن الحكم هو الكراهة، ويقصد باشتراط العقد أن يكون شرط الاستئجار في صلب عقد القرض، أما إذا توافقا عليه قبل العقد ولم يذكراه في صلب العقد فإنه يكون مكروهاً (3).

رابعاً: مذهب الحنابلة:

إذا شرط أحدهما على الآخر أن يبيعه أو يؤجره أو يقرضه لم يجز ذلك، لأنه كبيعتين في بيعة المنهي عنه، وهو كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره، ولأن النبي ﷺ نهى عن بيع وسلف.

وإن شرط أن يؤجره داره بأقل من أجرتها، أو على أن يستأجر دار المقرض بأكثر من أجرتها، أو على أن يهدي له هدية، أو يعمل له عملاً، أو أن يبيعه شيئاً بأكثر من قيمته كان أبلغ في التحريم، لأن العقد عقد إرفاق وقربة. فإذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه.

أما إن فعل ذلك بغير شرط بعد الوفاء ومن غير مواطأة جاز، لأنه لم يجعله عوضا في القرض، ولا وسيلة إليه، ولا إلى استيفاء دينه، فأشبه ما لو لم يكن قرض، وكذا إذا جرت العادة بينهما على ذلك قبل القرض جاز ذلك.

أما إذا تمت تلك المعاملة قبل الوفاء أو بعد الوفاء وكان ثمة مواطأة بينهما فلا يجوز، إلا أن يكافئه أو يحسب ذلك من دينه، لما روى الأشرم أن رجلاً كان له على سماك عشرون درهماً، فجعل يهدي إليه السماك ويقوّمه حتى بلغ ثلاثة عشر درهماً فسأل ابن عباس فقال: أعطه سبعة دراهم.

وعن أبي بردة عن أبي موسى قال: قدمت المدينة فلقيت عبد الله بن سلام وذكر حديثاً وفيه ثم قال لي: إنك بأرض فيها الربا فاش، فإذا كان لك على رجل دين فأهدى إليك حمل تبن أو

---

(1) حاشية الدسوقي 225/3.

(2) عقد الجواهر الثمينة 759/2.

(3) تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيتمي مع حواشي الشرواني وابن القاسم 47/5 ، دار صادر.

حمل شعير أو حمل قت فلا تأخذه فإنه ربا، قال ابن أبي موسى: ولو أقرضه قرضاً ثم استعمله عملا لم يكن ليستعمله مثله قبل القرض كان قرضاً جر منفعة" (1).

ومن خلال هذه النصوص للفقهاء يتبين أن الفقهاء قد راعوا جانب التهمة من خلال اجتماع عقد القرض مع عقود المعارضة، واختلفت آراؤهم بين الحرمة والكراهة والجواز، ومن خلال ما تم استعراضه من أقوال أجد أن بعض الضوابط التي نص عليها الفقهاء تصلح لأن تكون ضوابط في مسألتنا منها:

جاء عند المالكية ضابط المسامحة، فإن عامل المدين الدائن بمسامحة، أي بغير ثمن المثل كان ذلك سبباً في حرمة المعاملة، أما إن باعه بثمن المثل فالأظهر جواز ذلك.

كما جاء عند الشافعية أن لا يتم النص على ذلك في صلب عقد القرض، أما إذا توافقا عليه قبل العقد ولم يذكراه في صلب العقد كان ذلك مكروهاً.

جاء عند الحنفية لجواز اجتماع عقد القرض مع عقد المعاوضة أن يكون عقد المعاوضة متقدماً على عقد القرض، وإن كان هناك تفاهم مسبق بين الطرفين على عقد القرض.

أما الحنابلة فأجازوا صورة اجتماع عقد القرض مع عقد المعاوضة إذا تم حساب ذلك من قيمة الدين، أي إذا تم تقويمه بقيمة المثل.

وعلى هذا الأساس فإن زيادة مصدر الصكوك في ثمن شراء الأصل في نهاية المدة على أن يطرح منه قيمة القرض الحسن الممنوح لحملة الصكوك يدل على عدة أمور:

إن قيمة الأصل ليس هي القيمة الحقيقية له، وهو مخالف للضابط الذي ذكره المالكية من أنه يشترط أن يكون بثمن المثل.

إن استرداد مصدر الصكوك لقرضه من خلال زيادة قيمة الأصل فقط يعني أن حملة الصكوك لم يقوموا بدفع القرض الحسن، لأن مصدر الصكوك سوف يزيد من قيمة الأصل الذي سوف يشتريه من حملة الصكوك وقد أضاف لقيمته مبلغ القرض، وبالتالي فإن مصدر الصك كأنه تبرع لحملة الصكوك بقيمة القرض، وهو ما قلنا بمنعه سابقاً.

إن الحديث بأن التطبيق سوف يقتصر على الناحية المحاسبية فقط غير صحيح، لأن العملية تتم عن طريق البيع والشراء لهذا الأصل وفق القواعد والضوابط الشرعية للبيع، فلو هلك الأصل قبل أن يقوم مصدر الصك بالشراء فإنه سوف يهلك على ملاكه، وهم حملة الصكوك، وهم مطالبون في هذه الحالة بسداد قيمة القرض مع تحملهم لقيمة خسارة الأصل، وهذا الأمر لا ينطبق على ما نص عليه الحنابلة من حساب ذلك من قيمة الدين، لأنه كما أشرنا لم يقم حملة الصكوك بدفع شيء مقابل القرض.

---

(1) المغني مع الشرح 391/4. كشاف القناع 319/3 دار الفكر.

إن النص على ذلك في نشرة الإصدار يعتبر شرطاً في صلب العقد، وهو ما لا يقره أكثر الفقهاء وفق الضوابط التي تم ذكرها سابقاً.

التعقيب على بحوث إدارة حساب الفائض في هيكل الصكوك

إعداد

الدكتور/ عبدالله بن محمد العمراني

أستاذ الفقه المشارك بكلية الشريعة – جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية –



الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين،
وبعد:
أشكر الإخوة في مجموعة تطوير العمل المصرفي الإسلامي بالبنك الأهلي على تنظيم ندوة (مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الرابعة)، وعلى التميز في اختيار هذا الموضوع العميق والمهم في مسيرة المصرفية الإسلامية، وقد طلب مني التعقيب على الأبحاث الآتية:

البحث الأول: **الفائض الاستثماري في الصكوك الإسلامية**
لمعالي الشيخ عبدالله بن سليمان المنيع

البحث الثاني: **إدارة الحساب الاحتياطي (الفائض) في هيكل الصكوك**
لفضيلة الدكتور يوسف بن عبدالله الشبيلي

البحث الثالث: **إدارة الحساب الاحتياطي (الفائض) في هيكل الصكوك**
لفضيلة الدكتور عصام بن خلف العنزي

وسيكون العرض والتعقيب على جميع البحوث الثلاثة مع المقارنة عند الحاجة وذلك على النحو الآتي:

أولاً: نص معالي الشيخ عبدالله المنيع على تعريف صكوك الاستثمار وأنها صيغة استثمارية.

وهذا هو الذي قدمت به الصكوك عند إقرارها في المجامع والمجالس الشرعية أي أنها صيغة استثمارية مبنية على عقد استثماري ثم قدمت بعد ذلك على أنها صيغة تمويلية بديلة عن السندات الربوية.

وهذا التقديم للصكوك أضرَّ بها في حقيقتها الشرعية بحيث أن الملائم لها هو الجانب الاستثماري الحقيقي لا أن تصبح أداة تمويلية قريبة من الصيغ التقليدية وهو ما أكد عليه معاليه بقوله (إلا أن التطبيق كان مشوباً بالكثير من التجاوزات والجنوح عن الأحكام والقواعد الشرعية وحقائق العقود إلى ما يشبه السندات الربوية ويتفق معها من حيث النتيجة، فكانت صكوكاً في الظاهر وسندات من حيث الحقيقة والواقع ...).

ثانياً: مسألة اشتراط مصدر الصكوك أخذ رصيد الاحتياطي في نهاية المدة كحافز أداء.

عرض معالي الشيخ المنيع الخلاف في المسألة، وبين أن القول الأول: الجواز بناءً على أن مدير الصندوق لا يأخذ أجرته التي يستحقها عمله وإنما يأخذ أجراً رمزياً طمعاً في نسبة الحافز.

وناقشه**:** بأن مدير صندوق الوحدات الاستثمارية أو مدير الصكوك أجير بأجرة جرى الاتفاق على تقديرها وتعيينها والرضا بها وهي من المصاريف على الصندوق وما يحصل للصندوق من صافي العوائد فقد حصلت من تقليب رأسمال الصندوق في الصفقات والنشاطات الاستثمارية. فبأي حق يكون لمدير الصندوق ما زاد عن نسبة معينة من العائد والحال أنه أجير أخذ أجرته؟ والقول بأن هذه الأجرة قليلة فالرد عليه أنه رضي بها وله حق طلب الأجرة التي يرتضيها إذا كانت غير كافية والقول بأن هذا اتفاق بين مدير الصندوق وأرباب المال قول يحتاج إلى حقيقة، فالواقع، أن هذا ليس اتفاقاً وإنما هو تنظيم قبل وجود من يطبق عليه من حملة الصكوك، كما أنه تعسفي.

وخلص إلى أن من إصلاح إجراءات العمل بالصكوك لتكون صكوكاً إسلامية صدقاً وعدلاً: التخلي عن اشتراط أن يكون للمدير ما زاد عن نسبة معينة من صافي الربح فصافي الربح حق لأرباب الأموال وليس للمدير حق فيه! إلا ما كان في نطاق المعقول كجزء من صافي الأرباح مكافأة له على حسن الأداء إن كان حسن الأداء وبطيب نفس من أهله حملة الصكوك بعد حصول مقتضاه. والاشتراط يؤدي إلى مجاراة المصرفية التقليدية بثبات العائد وهذا لا يجوز أن ينسب إلى المنتجات الاستثمارية الإسلامية.

ثم إن ثبات العائد يفقد الصكوك عنصر وميزة عرضها في الأسواق والتشوف لشرائها طمعاً في ارتفاع الأسعار.

وخلاصة رأي معالي الشيخ المنيع أنه يرى عدم جواز اشتراط مصدر الصكوك أن يكون رصيد الفائض في نهاية المدة مكافأة له عند التصفية بناء على أنه أخذ أجرته، ولا مانع أن يشترط حافزاً على حسن أدائه عند تحقق ذلك بنسبة معتادة ومعقولة حتى لا تفقد الصكوك ميزتها الاستثمارية ولكي لا تكون أداة تمويلية مجارية ومشابهة للسندات التقليدية.

ولا شك أن هذا النظر الفقهي المقاصدي لهذا الشرط له اعتباره، وهو صادر عن عالم له ثقله في صناعة المصرفية الإسلامية، وأدعو المشاركين في الندوة والمنظمين لها إلى الاهتمام بهذا الرأي والعناية به وإشهاره للوصول إلى صيغ حقيقية تصب في مصلحة ومسيرة المصرفية الإسلامية.

وبالنظر للبحثين الآخرين يتبين أن فضيلة الدكتور عصام العنزي يتفق مع معالي الشيخ في النتيجة وهي أنه لا يجوز أن يكون رصيد الحساب الاحتياطي (الفائض) في نهاية المدة مكافأة له عند التصفية لكنه يختلف في التعليل فمبدأ التأصيل الفقهي لا يمنع من ذلك بناءً على النص الوارد عن ابن قدامة -رحمه الله- لكن الواقع هنا في هذه المسألة ممنوع بناءً

على تعارض المصالح؛ لأن الاشتراط جاء من قبل مصدر الصكوك، والاحتياطات يقرر مقدارها مدير الصكوك. ولا يوجد ما يمنعه من تحديد نسبة أكبر أو نسبة يعلم علماً يغلب الظن أنه لن تحدث تلك المخاطر التي أخذ من أجلها تلك الاحتياطيات.

ويرى أنه من الأسلم أن يشترط مصدر الصك المشاركة في هذه الاحتياطيات بنسبة معلومة بينه وبين حملة الصكوك كما هو رأي معالي الشيخ المنيع عندما ذكر أن تكون نسبته معقولة (أو أن تحدد بنسبة مثل 10% من القيمة الاسمية للصك) .

بينما يرى فضيلة الدكتور يوسف الشبيلي جواز ذلك بعد أن عرض الخلاف في المسألة على قولين:

القول الأول: التحريم واستدلوا بأن المصدر يكون قد جميع بهذا الشرط بين الربح والأجر والدليل الثاني أن هذا الشرط يؤدي إلى قطع المشاركة في جزء من الربح بين الشريكين وناقشه أثناء الترجيح بأن هذا الشرط لا يؤدي إلى قطع المشاركة في الربح لأن المشاركة حاصلة ابتداءً وفي رأيي أن هذه المناقشة لا تكفي.

والدليل الثالث أن الفائض المتبقي مجهول وناقشه بأنه يكيف على عقد الجعالة.

والدليل الرابع أن مقتضى عقد الشركة المشاركة في الغنم والغرم ولم يناقشه.

والدليل الخامس أن هذا الشرط قد يجعل عقد المشاركة في الصكوك صورياً ووجه ذلك أن التوزيعات المتوقعة تحسب عادة بحسب أسعار الفائدة فإذا شرط المصدر لنفسه ما زاد على ذلك فلا يظهر ثم فرق كبير بين الصكوك والسندات وهذا الدليل قريب مما استدل به معالي الشيخ المنيع، ولكن فضيلة د. الشبيلي لم يناقشه.

وأيد القول بالجواز وذكر من أدلتهم:

1. ما رواه البخاري تعليقاً عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: لا بأس أن يقول: بع هذا الثوب فما زاد على كذا فهو لك.

   ويرد عليه ما ذكره د العنزي من تعارض المصالح.

2. أن الأصل في العقود هو الصحة وليس هناك دليل يحرم هذا الشرط.

مما سبق يتبين أنه يمكن تجويز المسألة بالنظر الجزئي وتخليص المسألة مما يشوبها من تعارض لكن تبقى مسألة الصورية ومشابهة المعاملة الربوية بالنظر المقاصدي والنظرة العامة للمعاملة.

وهذا يستدعى نقاش هذه المسألة في هذه الندوة المباركة للخلوص إلى قرار استراتيجي في هيكلة الصكوك الإسلامية.

ثالثاً: مسألة: (اشتراط مصدر الصكوك انتفاعه بالحساب الاحتياطي مع ضمانه).

هذا الاشتراط يكيّف على أنه قرض وهذا ما أكده د. العنزي ود الشبيلي وخلص كل منهما إلى تحريم هذا الاشتراط.

واستدل د. العنزي بما يأتي:

1. تعارض المصالح لأن مصدر الصك هو من يحدد نسبة الاحتياطيات وهو من سيستفيد منها.
2. أن فيه اشتراط عقد القرض في عقد معاوضة وهذا غير جائز لحديث (لا يحل سلف وبيع).
3. ولأنه شرط عقداً في عقد.

وهذا الاستدلال الأخير بناءً على رأي الجمهور من المنع من اشتراط عقد في عقد مطلقاً أي العقود المتقابلة والراجح والله أعلم جواز العقود المتقابلة ما لم تؤد إلى محرم كالربا والغرر أو تضاد بين العقود.

كما استدل د. الشبيلي بما يأتي:

1. اجتماع القرض مع عقد المشاركة أو المضاربة أو الوكالة بأجر وذلك أن الأصل تحريم ذلك لحديث)لا يحل سلف وبيع).

ثم فصل في حالات اجتماع القرض مع المعاوضة، وخلص أن الاشتراط في هذه المسألة محرم لأمرين:

1. لدخوله في النهي الوارد في الحديث.
2. لسد ذريعة أن يكون ذلك القرض يجر نفعاً للمقرضين وهم حملة الصكوك وذلك بتخفيض أجرة المدير أو حصته من الربح مقابل انتفاعه بهذه الأرصدة.

والخلاصة حسب رأي الباحثين المنع من هذا الاشتراط بناءً على الأدلة السالمة من المعارضة واقترح كل منهما بديلاً.

فذكر الدكتور العنزي أن البديل عن الإقراض أن يقوم مصدر الصكوك باستثمار هذه الأموال لصالح حملة الصكوك بعقد مضاربة يتفق فيه الطرفان على نسبة الربح الشائعة بينهما. وذكر الدكتور الشبيلي أن يوضع الاحتياطي في حساب جار في أحد البنوك الإسلامية لصالح حملة الصكوك ولا ينتفع به المصدر.

وكل من الاقتراحين مناسب ويمكن تطبيقه.

رابعاً: تطوع المصدر بتغطية العجز الاحتياطي إذا نقص عن التوزيع الدوري المتوقع.

ذكر فضيلة الدكتور الشبيلي هذه المسألة وذكر لها حالتين:

الحال الأولى: التبرع غير المسترد وعرض الخلاف حسب التأصيل الفقهي وخلص إلى الجواز؛ لأن المحرم هو أن يكون الضمان مشروطاً في عقد الاستثمار.

والحال الثانية: تمويل المدير حساب الاحتياطي حال العجز والمراد أن يكون تطوعاً بعد العقد وخلص إلى الجواز ولم يتعرض أي من البحثين لهذه المسألة كما أنها ليست من المسائل المطلوبة في البحث لكن ذكرها فضيلته من باب الإثراء العلمي.

خامساً: التزام مصدر الصكوك بتغطية العجز الاحتياطي إذا نقص عن التوزيع الدوري المتوقع.

وهذه المسألة لها عدة حالات:

الحالة الأولى: التزام المدير بإقراض حساب الاحتياطي قرضاً مسترداً:

أورد هذه المسألة كل من فضيلة الدكتور العنزي وفضيلة الدكتور الشبيلي وخلص كل منهما إلى تحريمه بناءً على تحريم اجتماع القرض والمعاوضة والقرض الذي يجر نفعاً. وزاد د. العنزي في الاستدلال بتعارض المصالح وفيه نوع اطمئنان لضمان رأس المال.

الحالة الثانية: التزام المصدر بتغطية العجز بمبالغ غير مستردة.

ذكر فضيلة الدكتور الشبيلي هذه المسألة وذكر أن هذه الالتزام محرم؛ لأن حقيقة هذه الالتزام ضمان المصدر الربح المتوقع لحملة الصكوك.

الحالة الثالثة: التزام المصدر بالإقراض بقرض يسترد في حال توافر فائض يكفي.

ذكر فضيلة الدكتور الشبيلي هذه المسألة وذكر احتمال تحريمها على الإبراء المعلق على شرط، لكن رجح القول بالتحريم؛ لأن حقيقة الشرط التزام بضمان أي نقص في التوزيعات وهذا يترتب عليه ضمان الربح المتقرر تحريمه.

الحالة الرابعة: التزام المصدر بالإقراض بقرض مسترد محاسبياً.

أي أن يكون الاسترداد محاسبياً أي بصورة شكلية بحيث لا يسترد حقيقة، وذلك بأن تزداد قيمة الأصول عند الإطفاء بمقدار القرض ثم يخصم منها ذلك المبلغ باعتباره استرداداً للقرض.

وقد خلص كل من د. العنزي ود. الشبيلي إلى المنع؛ لأنه تحايل على الضمان لرأس المال وزيادة قيمة الشراء ثم خصمها: صورية، فالحقيقة أن مصدر الصكوك ضمن لحملة الصكوك الأرباح المتوقعة المذكورة في نشرة الإصدار. وقد فصل د. العنزي في تقديم عقد القرض على البيع وعكسه وضوابط ذلك وبيّن أن القول بأن التطبيق يقتصر على الناحية المحاسبية فقط غير صحيح لأن العملية تتم عن طريق البيع والشراء لهذا الأصل بحيث تترتب عليه آثاره.

سادساً: مشاركة المصدر في الاحتياطي.

ذكر هذه المسألة د. الشبيلي باختصار، مع الإشارة إلى بعض جزئياتها في ثنايا البحثين الآخرين، وهي مسألة دقيقة جداً وخلص د. الشبيلي إلى أنه لا يوجد ما يمنع شرعاً من أن يكون الاقتطاع للاحتياطي من الربح الكلي لوعاء الاستثمار سواء أكان لغرض حماية أو له وللربح ولا يعد ذلك مشاركةً منه في الضمان لأن تكوين الاحتياطيات ليس ضماناً .

وبهذا أصل إلى هذا ختام هذا العرض والتعقيب لهذا البحوث المتميزة، والتي وافقتها في أكثر الترجيحات الواردة فيها.

أسأل الله للجميع التوفيق والسداد، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

د.عبدالله بن محمد العمراني

أستاذ الفقه المشارك في كلية الشريعة بالرياض